Die Regelung der Heilbehandlung nach dem Strafgesetzentwurf von 1927.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans-Gottfried Stein

Gerichtsreferendar aus Grünberg (Schl.)

Marburg 1928

Buchdruckerei Bernh. Bonn, Siegen i. Westf.

Angenommen von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg am 2. August 1928.

Berichterstatter: Prof. Dr. E. Mezger.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556031_0053

I.

Literaturverzeichnis.

Archiv für die zivilistische Praxis
Archiv für Strafrecht und Strafprozess
Aschrott — Kohlrausch: Reform des Strafr. Berlin, Leipzig 1926.
v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. III Berlin 1909.
Beling Grundzüge des Strafrechts, Tübingen 1925 8/9. Auflage
Unschuld, Schuld und Schuldstufen Leipz. 1910.
Binding Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, besonderer Teil, Bd. I, Leipzig 1912. 1. Auflage.
Handbuch des Strafrechts, Bd. I, Leipzig 1885, 1. Auflage.
Binding u. Hoche Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, Leipzig 1920
van Calker Frauenheilkunde und Strafrecht, Strassbg. 1918.
Das Recht
Deutsche Juristenzeitung
Deutsche Medizinische Wochenschrift
Deutsche Strafrechts-Zeitung
Ebermayer Arzt und Patient in der Rechtsprechung, Berlin 1925.
Die notwendige Bekämpfung der Kurpfuscherei, Leipzig 1927.
Enneccerus Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgem. Teil, Marburg 1924 22/24. Auflage, Schuldverhältnisse Marburg 1923 18/22 Auflage.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Entwurf der Strafrechtskommission 1913
Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches von 1919, 1925, 1927.
Festgabe für Rudolf Stammler, Berlin, Leipzig 1926.
Finger Lehrbuch des Strafrechts, Bd. I, Berlin 1904
Frank Das Strafgesetzbuch für das Deutche Reich Tübingen 1914 (11/14 Auflage), 1925 (16 Auflage), 1926 (17 Auflage),
Gerichtssaal
Gerland Der Entwurf 1925, Berlin, Leipzig 1925.
Goltdammers Archiv für Strafrecht
Heilborn Der Agent provocateur, Berlin 1901.
Heimberger Ueber die Straflosigkeit der Perforation, Berlin 1889.
Hirsch Fruchtabtreibung u. Präventivverkehr im Zusammenhang mit dem Geburtenrückgang, Würzburg 1914.
Holer Die Einwilligung des Verletzten, Zürich 1906.
Holtzendorff Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. II Berlin 1871, Bd. III. Berlin 1874.
Honig Die Einwilligung des Verletzten, Berlin 1919
Joski Die Einwilligung des Verletzten, Erlangen 1899
Juristische Wochenschrift
Kessler Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Berlin, Leipzig 1884.
Köhler Der Notstand im künftigen Strafrecht, Erlangen 1926.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
v. Liszt Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin Leipzig 1911 (18. Auflage), 1921 (23. Auflage), 1927 (25. Auflage).

Marcuse	Die Fruchtabtreibung in Gesetzgebung und ärztlichem Handeln, München 1925.
M. E. Mayer	Lehrbuch des Strafrechts, Allgem. Teil 1923
Meyer	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Erlangen 1882, 1922.
Mezger	Die subjektiven Unrechtselemente, G. S. 89, S. 207 ff.
	Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, 1926, Sonderabdruck aus der Festschrift für Traeger.
	Sein und Sollen im Recht, Tübingen 1920.
Olshausen	Kommentar zum Strafgesetzbuch, Berlin 1927, 11 Auflage.
Placzeck	Künstliche Fehlgeburt und künstliche Unfruchtbarkeit, Leipzig 1918.
Planck	Kommentar zum B.G.B. Allgem. Teil, Berlin 1918.
Sauer	Grundlagen des Strafrechts, Berlin, Leipzig 1921.
Staudinger	Kommentar zum B. G. B., Allgem. Teil, München 1925.
Vergleichende Darstellung	des Deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgem. Teil und Besonderer Teil 1905 ff.
Wachenfeld	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. München 1914
Zeitschrift für Sexualwissenschaft	
Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft	
Wachtel	Sonderfälle der Abtreibung, Leipzig 1922.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

I. Hauptteil.

Die Heilbehandlung im allgemeinen.

§ 1: Die nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommenen Eingriffe und Behandlungen.
I. Allgemeines.
II. Voraussetzungen:
a) Begriff der Körperverletzung.
b) Eingriffe und Behandlungen.
c) Gemäss der Uebung eines gewissenhaften Arztes.
d) Eine mit Heilzweck vorgenommene Heilbehandlung.
III. Ausschluss der Tatbestandsmässigkeit.
IV. Das Verhältnis zum Kurpfuschertum.
V. Die Behandlung von Geschlechtskrankheiten
§ 2: Die nicht nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommenen Eingriffe und Behandlungen.
I. Voraussetzungen:
a) eine Körperverletzung.
b) die Einwilligung.
1. Ihr Begriff.
2. Die juristische Natur,
3. Die Form.
4. Die Kenntnisnahme.
5. Die Widerruflichkeit.
6. Das Objekt der Einwilligung.
7. Der Umfang.
8. Das Alter des Einwilligenden.
9. Die Stellvertretung.
II. Ausschluss der Rechtswidrigkeit.
III. Das Verhältnis zur Nötigung.
Die eigenmächtige Heilbehandlung.
§ 3: I. Voraussetzungen:
a) Heilbehandlung zu Heilzwecken.
b) Gegen den Willen des Behandelten.
c) Die Frage der Stellvertretung.
d) Erleichterungen von der Strafbestimmung des § 281, I.
II. Das Verhältnis zur Nötigung.

II. Hauptteil.

Der Eingriff in das keimende Leben.

§ 4: Die Abtreibung aus medizinischer Indikation durch approbierte Aerzte.
I. Der Begriff der Abtreibung.
II. Die Voraussetzungen:
a) Unterbrechung der Schwangerschaft.
b) Ernste, nicht anders abwendbare Gefahr.
c) Für Leben oder Gesundheit.
d) Vornahme nach den Regeln der ärztlichen Kunst.
e) Durch einen approbierten Arzt.
f) Die rechtliche Behandlung der Perforation.
III. Ausschluss der Tatbestandsmässigkeit.
IV. Verhältnis zu § 25 des Entwurfes.
V. Bei Nichtvorliegen einer Einwilligung Bestrafung aus § 281.
§ 5: Die Abtreibung aus medizinischer Indikation durch andere Personen.
I. Bejahung der Tatbestandsmässigkeit der Abtreibung.

II. Aber Ausschluss der Strafbarkeit.
1. Durch Nothilfe
Voraussetzungen:
a) Eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr,
b) Eines erheblichen Schadens,
c) Zumutbarkeit unter pflichtmässiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen.
d) Unverschuldetheit und Einwilligung nicht erforderlich.
e) Ausschluss der Rechtswidrigkeit.
f) Bedeutung für das Kurpfuschertum.
2. Durch einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund.
a) Die Zwecktheorie.
b) Das „Prinzip des überwiegenden Interesses".
Voraussetzungen:
1. Gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr.
2. Einwilligung und Unverschuldetheit nicht erforderlich.
3. Die Bedeutung gegenüber der Nothilfe.

§ 6: Die Abtreibung aus ethischer Indikation.
I. Allgemeines.
II. Die Tatbestandsmässigkeit der Abtreibung.
III. Kein Ausschluss der Strafbarkeit.
1. Durch Notwehr.
2. Durch Notstand.

§ 7: Die Abtreibung aus wirtschaftlicher Indikation.
I. Allgemeines.
II. Bejahung des Tatbestandes der Abtreibung; kein Ausschluss der Strafbarkeit durch Notstand.

§ 8: Die Abtreibung aus eugenetischer Indikation.
I. Die Vererbungslehre.
II. Die Bejahung der Tatbestandsmässigkeit der Abtreibung; kein Ausschluss der Strafbarkeit durch Notstand.

III. Hauptteil.

Die Euthanasie und Sterilisierung.

§ 9: Die Euthanasie.
I. Allgemeines.
II. Ausschluß der Tatbestandsmässigkeit der Tötung ist abzulehnen.
III. Ausschluss der Rechtswidrigkeit auf Grund
a) der Zwecktheorie,
b) des Prinzips des „mangelnden Interesses" ist abzulehnen.
IV. Ausschluss der Schuld nur in den seltensten Fällen.
V. Strafbarkeit der Euthanasie

§ 10: Die Sterilisierung.
Die Unfruchtbarmachung kann erfolgen:
I. Als Strafe und sichernde Massnahme.
II. Zu Heilzwecken.
III. Aus eugenetischen Gründen.
IV. Aus wirtschaftlichen Gründen.

Einleitung.

Das geltende Strafrecht enthält keine ausdrückliche Regelung der Heilbehandlung. Die Frage nach der Rechtsmässigkeit der nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommenen Eingriffe, Behandlungen oder der ärztlich indizierten Schwangerschaftsunterbrechung ist durch das Gesetz nicht gelöst worden; ganz zu schweigen von den damit zusammenhängenden Fragen der Unterbrechung der Schwangerschaft aus ethischen, sozialen, d. h. wirtschaftlichen, und eugenetischen Gründen, der Euthanasie und Sterilisierung. Die Theorie versuchte daher diese Frage zu lösen. Die einen verneinen bezüglich der Körperverletzung die Tatbestandsmässigkeit: Der heilende ärztliche Eingriff sei tatsbestandsmässig gar keine Körperverletzung. Die überwiegende Mehrzahl bejaht zwar die Tatbestandsmässigkeit, will aber die Rechtswidrigkeit wegen eines ärztlichen Berufsrechtes oder wegen eines Gewohnheitsrechtes oder wegen des staatlich gebilligten Zweckes ausschliessen. Das Reichsgericht wiederum verneint das Bestehen eines Berufs-, Gewohnheits- oder sonstigen Rechtes: Die Rechtswidrigkeit könne nur durch die Einwilligung des Kranken oder durch Notstand entfallen. Dieser Zustand ist für die Aerzteschaft schwer erträglich. Schwebt sie doch dauernd in der Gefahr, wegen ihrer Heilbehandlungen bestraft zu werden. Umsomehr als bei der Schwangerschaftsunterbrechung der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung forttällt, der Notstand aber wegen seiner engen Grenzen kaum praktische Bedeutung für die Aerzteschaft gewinnt. Daher suchen die Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch die Fälle der Heilbehandlung besonders zu regeln, um so die störende Ungewissheit auf diesem Gebiete zu beseitigen.

Der Entwurf von 1919 enthält zwar keine ausdrückliche Bestimmung über das ärztliche Operationsrecht und die Unterbrechung der Schwangerschaft, aber aus der Begründung und dem Wortlaut des Entwurfes selber kann entnommen werden, dass der zu Heilzwecken vorgenommene Eingriff sowie die Abtreibung wegen schwerer Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren straflos bleiben soll. Der Entwurf von 1925 behandelt den ersteren Punkt zwar ausdrücklich, aber erst der Entwurf von 1927 bringt eine befriedigende Lösung der gesamten Frage. Hier ist das Operationsrecht und die damit zusammenhängende Frage des Eingriffs ohne medizinische Indikation sowie die Unterbrechung der Schwangerschaft ausdrücklich geregelt. Welches die Voraussetzungen, die Grenzen sind, und wie sich der Entwurf zu den verwandten Fragen der Schwangerschaftsunterbrechung aus ethischen, sozialen und eugenetischen Gründen, zur Euthanasie und Sterilisierung stellt, sei im folgenden erörtert.

I. Hauptteil.

Die Heilbehandlung im allgemeinen.

§ 1. Die nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommenen Eingriffe und Behandlungen.

I. Die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffs wird für das geltende Recht auf die verschiedenste Art und Weise zu begründen versucht. Die Meinungen können in zwei Gruppen geschieden werden. Die einen betrachten den Eingriff überhaupt nicht als Körperverletzung, die anderen bejahen zwar den Tatbestand der Körperverletzung, wollen aber die Rechtswidrigkeit ausschliessen, sei es wegen eines ärztlichen Berufrechtes, eines ärztlichen Gewohnheitsrechtes oder wegen des staatlich gebilligten Zweckes, sei es wegen des Vorliegens einer Einwilligung oder aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag heraus. [1])

Bereits der Entwurf von 1919 hatte zu dieser Frage in seiner Begründung Stellung genommen. Eine ausdrückliche Regelung wurde allerdings erst im Entwurf von 1925 und sodann im Entwurf von 1927 getroffen.

II. § 263 des Entwurfs von 1927 lautet:

„Eingriffe und Behandlungen, die der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen im Sinne dieses Gesetzes".

a) Zunächst ist kurz der Begriff der Körperverletzung festzustellen. Er wird in der Bestimmung des § 259 zusammengefasst. Danach weist die Körperverletzung eine Dreiteilung auf: Den Begriff des „am Körper Verletzens", d. h. des Eingriffs in die Unversehrtheit des Körpers — Schmerzerregung ist nicht erforderlich —, den der „körperlichen Misshandlung" und den der „Gesundheitsschädigung." Qualifiziert wird der Tatbestand des § 259 durch die §§ 260, 261, 262. Nur eine dieser Handlungen kann im Falle des § 263 in Betracht kommen.

---

[1]) Für Ausschluss der Tatbestandsmässigkeit der Körperverletzung: Frank, Komm. z. St. G. B. 1926 S. 457 „der nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgehende und heilende Arzt misshandelt weder noch schädigt er an der Gesundheit." Ebenso im wesentlichen Stooß, Chirurg. Operation u. ärztl. Behandlung. 1898, Torp, Z. St. W. Bd. 23 S. 86, Kahl, Z. St. W. Bd. 29 S. 369, Kitzinger, G. S. Bd. 55 S. 87 f. Ebermayer, Reichsstrafgesetzbuch 1926 § 223 n. 10 Löffler V. D. B. Bd. 5, S. 246. Den Tatbestand der Körperverletzung bejahen, schliessen aber die Rechtswidrigkeit wegen eines ärztl. Berufsrechtes aus: Kahl Z. St. W. Bd. 29 S. 370, Finger, Lehrb. d. Deutsch. Strafr. Berlin 1904, Bd. 1, S. 410; wegen eines ärztlichen Gewohnheitsrechtes: Olshausen, § 223 n. 9. b; v. Calker: Frauenheilk. u. Strafr., S. 13; R. Schmidt, Grundr. d. Dtsch. Strafr., 1925 S. 115; wegen des staatl. gebilligten Zweckes v. Liszt, Lehrb. des Dtsch. Strafr. 1927 S. 200 f. Mayer-Allfeld, Lehrb. d. Dtsch. Strafr. 1922 S. 143 f; unter dem Gesichtspunkt der Einwilligung: R. G. Bd. 25. S. 375; Bd. 38 S. 34; Frank bei nicht heilenden, nicht hemmenden und nicht indizierten, sowie bei experimentellen Operationen unter dem zivilr. Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag, Zitelmann, Archiv f. zivil. Praxis, Bd. 99, S. 111.

Im einzelnen ergibt sich aus § 263 folgendes:

b) Die Bestimmung spricht von Eingriffen und Behandlungen; also nicht nur Verletzungen der körperlichen Integrität, sondern auch alle Handlungen, die ohne Verletzung des Körpers vorgenommen werden können, wie Hypnotisieren, Massieren, Elektrisieren, fallen unter § 263.

c) Die Eingriffe und Behandlungen müssen der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechen. Hiermit macht der Entwurf eine Unterscheidung zwischen der Uebung eines Arztes und der Gewissenhaftigkeit eines Arztes.

Der Uebung eines Arztes gemäss sind die Eingriffe und Behandlungen einmal dann vorgenommen, wenn sie sachlich **indiziert** sind. Sie müssen also gemäss den Regeln der ärztlichen Kunst objektiv notwendig und den Umständen nach angemessen sein. Unter den „Regeln der ärztlichen Kunst" ist dabei der Stand der ärztlichen Wissenschaft zu verstehen, wie er sich z. Zt. der Vornahme des Eingriffs auf Grund neuester Forschungen, Entdeckungen und Erfindungen bewährter neuer Heilmethoden und Heilmittel darstellt. Ob ein Eingriff oder eine Behandlung angezeigt erscheint, ist also nach dem augenblicklichen Stande der ärztlichen Kunst zu entscheiden.

Sodann muss der Eingriff oder die Behandlung auch nach den objektiven Regeln der ärztlichen Kunst **ausgeführt** sein. Die Eingriffe und Behandlungen haben den Anforderungen der ärztlichen Theorie und Praxis in ihrem heutigen Stande zu entsprechen. Sie sind unter Anwendung aller von der ärztichen Wissenschaft vorgeschriebenen Vorsichtsmassregeln und unter Berücksichtigung der ärztlichen Technik sachgemäss vorzunehmen. Dieser Begriff „Uebung" nimmt also im Gegensatz zu dem folgenden lediglich auf das rein „Technische" Bezug.

Die gemäss der Uebung eines Arztes vorgenommenen Eingriffe und Behandlungen müssen aber auch mit der Gewissenhaftigkeit eines Arztes vereinbar sein. Sie sollen nicht nur der Uebung eines Arztes, sondern der Uebung eines **gewissenhaften** Arztes entsprechen, d. h.: der Arzt soll nicht nur das, was der ärztlichen Wissenschaft genügt, bei Behandlung des Kranken zur Anwendung bringen, er soll es mit Gewissenhaftigkeit tun. Er soll all seine Kräfte einsetzen und nach bestem Gewissen als Arzt u. Freund zum Wohle des Kranken wirken unter Hintenansetzung seiner eigenen Persönlichkeit.

Damit verweist der Entwurf auf die ärztliche Ethik, die ärztliche Sittenlehre. (vergl. Begründung S. 133) Unter Ethik versteht man die Aufstellung eines Sollens, also die Aufstellung von Regeln für das äussere Verhalten, die der Arzt befolgen muss, um sein Handeln in entsprechenden Gegensatz zu den strafbaren Eingriffen und Behandlungen zu setzen.

Der Begriff der Ethik kann in verschiedener Weise bestimmt werden, entweder durch die Ethik des Arztes, durch die der Aerzte oder durch die Ethik für Aerzte.

Auf die Ethik **des** Arztes, also die Regeln, deren Inhalt sich

nach der Meinung des den Eingriff vornehmenden Arztes bestimmt, ist nicht abzustellen. Die Ethik wandelt sich unaufhörlich, und die Ansichten über ihren Begriff sind zu verschiedenartig. Es braucht nur an die verschiedene Einstellung der einzelnen Aerzte zu den weiter unten behandelten Fragen der Schwangerschaftsunterbrechung aus wirtschaftlicher und eugenetischer Indikation, der Euthanasie und Sterilisierung erinnert zu werden. Eine Bezugnahme auf die Ethik **des** Arztes würde zu einem dem praktischen Bedürfnis keineswegs entsprechenden Ergebnis führen. Es würden Unsicherheiten und Ungleichheiten bei der Anwendung des § 263 entstehen und dem ärztlichen Handeln eine unangemessene Freiheit eingeräumt werden. Jeder könnte die von ihm vorgenommenen regelwidrigen Eingriffe oder Behandlungen mit dem Hinweis auf seine Ethik rechtfertigen. Der Begriff ist vielmehr zu generalisieren.

Es ist aber dabei, entgegen der Begründung S. 133, die von einer ärztlichen Ethik im Sinne einer Standesethik, einer Standespflicht spricht[1]), auch nicht auf die Ethik **der Ärzte,** d. h. der Aerzteschaft in ihrer Gesamtheit, Bezug zu nehmen. Unleugbar hat sich eine ärztliche Standesethik herausgebildet, doch kann sie nicht zur Feststellung des Begriffs der Ethik im Sinne des **allgemeinen** Strafgesetzes genügen. An ordnungsgemäßen und der ärztlichen Ethik entsprechenden Eingriffen und Behandlungen hat das größte Interesse der Patient und die Allgemeinheit. Die Interessen der Aerzteschaft treten denen gegenüber zurück. Der Patient vertraut sich der Behandlung des Arztes an, sein Wohl steht in Frage, und er darf daher auch Rücksichtnahme auf seine ethischen Anschauungen verlangen. Aber auch die Allgemeinheit ist an der Behandlung des Kranken interessiert. Seine Person und seine Kräfte sollen der Allgemeinheit, insbesondere dem Staat erhalten bleiben. Der Begriff der Ethik ist demnach nicht den durch die Aerzteschaft ausgebildeten Normen zu entnehmen, sondern die **Allgemeinheit,** d. h. die Gesellschaft, die Verbindung der in ihr vereinigten Individuen bestimmt den Inhalt, also die Anforderungen an die ärztliche Ethik und ihre Grenzen[2]). Sie bestimmt, ob ein Eingriff oder eine Behandlung vom Standpunkt der ärztlichen Ethik aus statthaft ist oder nicht. Massgebend **für die „Gewissenhaftigkeit" im Sinne des § 263** sind demnach die **allgemeinen** Normen der Ethik, wie sie für Aerzte zu gelten haben.

Das Merkmal der „Uebung eines gewissenhaften Arztes" ist nicht genau umschrieben und bestimmt[3]). Es wird hier auf Normenkreise verwiesen und so von dem urteilenden Richter ein ergänzendes Werturteil verlangt. Es handelt sich also um ein sogenanntes „normatives Element[4])" Im Falle der ärztlichen Kunst-

[1]) Radbruch in Reform des Strafrechts S. 316 f.

[2]) vgl. Dohna in Festgabe für Stammler S. 270 ff.

[3]) Finger, Gerichtssaal Bd. 92, S. 85 f.; Beling, G. S. Bd. 91 S. 351.

[4]) gl. Mezger in der Festschrift für Traeger S. 215 ff. Scheidet man den erkennenden und wertenden Vorgang und den wahrgenommenen, erkannten und gewerteten Sachverhalt und wendet dies auf die Untersuchung über

mässigkeit wird auf biologische Wertungen, im Falle der ärztlichen Ethik und der Gewissenhaftigkeit auf Normen der Moral, speziell der Moral für Aerzte verwiesen. Es handelt sich also bei diesem Begriff um ein „normatives Element". Dem urteilenden Richter obliegt das endgültige Werturteil und seine Aufgabe ist es, den Masstab nicht zu eng zu nehmen; der Fortschritt der ärztlichen Wissenschaft darf nicht gehindert werden[1]).

d) Unter § 263 fallen nur die im Interesse des Behandelten mit Heilzweck vorgenommenen Heilbehandlungen. Alle anderen Handlungen unterliegen der Regelung des § 264.

Der Begriff der „Heilbehandlung" ist nicht nur im therapeutischen Sinne zu verstehen. Das würde die Anwendung von § 263 zu sehr beschränken, zu unangebrachten Härten für die Aerzteschaft führen und keineswegs dem praktischen Bedürfnis entsprechen. Der Masstab ist weiter zu fassen. Als Heilbehandlung sind alle die zum Wohle des Behandelten, aber nur zum Wohle dieses, vorgenommenen Eingriffe und Behandlungen anzusehen. Hierunter fallen also einmal alle zu **therapeutischen** Zwecken vorgenommenen Handlungen, das heisst, solche, die der Krankenbehandlung, dem Heilverfahren dienen. Sodann aber auch die zu diagnostischen Zwecken vorgenommenen Eingriffe und Behandlungen, wie z. B. die Entnahme von Blutproben und dergleichen. Auch sie dienen dem Wohle des Kranken. Ohne Diagnose, d. h. ohne Ermittlung der vorliegenden Krankheit keine Möglichkeit einer richtigen Krankenbehandlung, eines Heilverfahrens. Auch die zu prophylaktischen Zwecken, zur Verhütung von Krankheiten erfolgenden Handlungen, wie die Impfungen gegen Pocken, Cholera, Typhus dienen dem gesundheitlichen Wohle des Behandelten, nämlich dem Schutze vor den betreffenden Krankheiten.

Etwas schwieriger ist die Frage bei den zu **kosmetischen** Zwecken vorgenommenen Eingriffen und Behandlungen zu beantworten. Den richtigen Weg weisst uns aber das eigene Wohl des Patienten. Darunter ist jede Handlung zur Behebung einer psychischen oder physischen Beeinträchtigung des Behandelten zu verstehen. Die Orthopädie fällt sodann auf alle Fälle unter den Begriff der Heilbehandlung; die Beseitigung abnormer Körperformen oder Entstellungen wie Schielen, Leberflecken, Warzen nur bei physischer oder psychischer Beeinträchtigung. Erfolgt eine verschönernde Nasenoparation lediglich im pekuniären Interesse, der Betreffende erhält dadurch beim Film eine höhere Gage, so liegt keine Handlung zum „Wohle" des Behandelten, keine Heilbehandlung zu Heilzwecken vor.

Unter eine zum Wohle des Behandelten vorgenommene Heilbehandlung fällt auch die **Homöopathie**, solange sie sich im

die Elemente der strafrechtlichen Tatbestände an, so ergeben sich deskriptive und normative Tatbestandselemente, also einmal genau umschriebene und festgelegte Elemente und andermal solche, die vom Richter noch eine wertende Tätigkeit fordern.

[1]) vgl. Dohna in der Festschrift für Stammler, S. 271.

Rahmen der Uebung eines gewissenhaften Arztes hält. Die wissenschaftliche Naturheilkunde gehört auf alle Fälle hierher. Sie sucht die Wirkungen der Naturheilkunde im einzelnen zu studieren, ihr Anwendungsgebiet und ihre Gegenanzeigen festzustellen und, falls nötig, sie mit andern Heilmitteln zu verbinden. Wird aber die Naturheilkunde **ausschliesslich** zur Bekämpfung und Verhütung von Krankheiten verwendet, so entspricht dies schon nicht mehr der Uebung eines gewissenhaften Arztes und dient nicht objektiv der Heilbehandlung. Nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft ist es nicht möglich, eine jede Krankheit durch das Naturheilverfahren zu heilen. Bei manchen geringeren Krankheiten mag das Naturheilverfahren vielleicht als ausschliessliche Behandlungsmethode in Betracht kommen, in den meisten Fällen wird es aber nur in Verbindung mit anderen Heilmitteln angewandt werden können oder hat sogar in vielen Fällen, wie z. B. bei Krebs und Diphterieerkrankungen, völlig auszuscheiden. Wird trotzdem das Naturheilverfahren als ausschliessliche Behandlungsmethode angewandt, so ist dies als Kurpfuscherei anzusehen. Dazu gehört letzten Endes das Kneippverfahren, eine Behandlung, die sich im wesentlichen aus Wasserkuren, Barfussgehen auf nassen Wiesen und Anwendung verschiedener Kräuter zusammensetzt, dann, wenn dieses Verfahren als ausschliessliche Behandlungsmethode von Krankheiten angewendet wird, die nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft nicht allein durch dieses Verfahren geheilt werden können.

Die Eingriffe und Behandlungen müssen ausserdem subjektiv zu **Heilzwecken** vorgenommen werden. Das Wohl des Kranken muss der führende und leitende Gedanke sein, der den Behandelnden zur Vornahme des Eingriffs oder der Behandlung bestimmt. Der Grund hierzu ist der: Die Heilbehandlung stellt sich zumeist als ein tiefer Eingriff in die Interessensphäre des Behandelten dar, um so tiefer, da die Heilbehandlung ohne oder sogar gegen den Willen des Behandelten vorgenommen werden kann, ohne als Körperverletzung zu gelten. Nichts ist unter diesen Umständen da gerechtfertigter als das Verlangen nach einer zu Heilzwecken vorgenommenen Behandlung. Der Behandelnde soll nur das Beste des Patienten, sein Wohl, die Förderung seiner Gesundheit mit dieser Handlung bezwecken. Nur dem, der wirklich den Kranken zu heilen beabsichtigt, können und dürfen die Vergünstigungen des § 263 zuteil werden[1])

So spricht auch die Begründung auf S. 132 vom Heilzweck: Der Entwurf folge der Ansicht, dass eine zu Heilzwecken vorgenommene Handlung nicht als Misshandlung oder Gesundheitsbeschädigung, also nicht als Körperverletzung angesehen werden könne und bestimme dies ausdrücklich im § 263. Das wichtigste Argument für unsere Ansicht ist aber § 281: Er regelt ausdrücklich die Behandlung zu „Heilzwecken". Dem ganzen Sinne und der Regelung des Entwurfes nach ist aber diese Bestimmung

[1]) So auch Mezger G. S. Band 89 S. 281 f., 285 ff.

nur auf die §§ 254, 263 anwendbar. Der Entwurf hat also bei § 263 nur die mit Heilzweck vorgenommene Heilbehandlung im Auge[1])

Unter § 263 fallen nur die **zum Wohle des Behandelten** vorgenommenen Eingriffe und Behandlungen, nicht aber die etwa im Interesse eines Dritten vorgenommenen, wie Transplantationen und Transfusionen. Dies ergibt sich bereits aus den Darlegungen über den Heilzweck. In § 263 wird die Tatbestandsmässigkeit der Körperverletzung verneint. Dieses ist aber nur bei den im Interesse und zum Wohle des Behandelten vorgenommenen Handlungen gerechtfertigt, nicht aber, wenn sie im Interesse eines Dritten erfolgen.

Ob die Eingriffe mit oder ohne Einwilligung, mit oder ohne Heilerfolg vorgenommen sind, ist nach der Regelung des § 263 gleichgültig. Entsprechen sie nur der Uebung eines gewissenhaften Arztes, so liegt keine Körperverletzung vor.

III. Mit der Regel des § 263 kann nur der Ausschluss der Tatbestandsmässigkeit der Körperverletzung gemeint sein.

Dafür spricht schon der Wortlaut des § 263: „Eingriffe und Behandlungen . . . sind keine Körperverletzungen im Sinne dieses Gesetzes." Also Verneinung der Körperverletzung als solcher. Nicht aber spricht der Entwurf hier, wie in anderen Fällen, (vgl. §§ 25 Abs. II, 29) vom Ausschluss der Rechtswidrigkeit oder hebt wie in § 264 ausdrücklich hervor, dass die Handlung zwar immer als Körperverletzung gelte, Strafbarkeit aber trotz der Einwilligung nur beim Verstoss gegen die guten Sitten eintrete. Hätte der Entwurf auch im § 263 nur die Rechtswidrigkeit ausschliessen wollen, so wäre die andere Fassung dieses § gegenüber § 264 unverständlich. Und insbesondere spricht die Bestimmung über eigenmächtige Heilbehandlueg (§ 281) gerade für den Ausschluss der Tatbestandsmässigkeit und nicht der Rechtswidrigkeit. Diese Bestimmung wäre sonst überflüssig. Dieselbe Stellung nehmen die Begründungen zu den anderen Entwürfen, besonders die zum Entwurf von 1919 ein[2]; auch die herrschende Meinung vertritt diese Ansicht[3])

IV. Nach der Fassung des § 263 ist diese Vorschrift nicht auf approbierte Aerzte beschränkt. Jeder, auch der Laie, kann die Heilbehandlung vornehmen. Dies ist hinsichtlich der Frage des Kurpfuschertums von grosser Bedeutung.

Unter Kurpfuscher sind solche Personen zu verstehen, die ohne jede oder ohne entsprechende wissenschaftliche Vorbildung Kranke behandeln[4])

---

[1]) Ebermayer, die notwendige Bekämpfung der Kurpfuscherei, S. 22.

[2]) Denkschrift zu Entwurf 1919 S. 238, Begründung zu Entwurf 1925. S. 122.

[3]) Vgl. Dohna S. 269, Gerland, der Entwurf S. 37 zu dem gleichlautenden § 238, Entwurf 1925; Ebermayer D. Med. W. S. 134, so auch Begründung vor § 259 Entw. 1927.

[4]) Ein Abstellen auf die Approbation würde den ausländischen Arzt dem Kurpfuscher gleichstellen!

Durch § 263 wird zwar einerseits den Nichtärzten eine bessere Stellung als im geltenden Recht, wie es die Rechtsprechung auslegt, eingeräumt, da auch die Eingriffe und Behandlungen durch Nichtärzte, soweit sie den Erfordernissen des § 263 entsprechen, tatbestandsmässig keine Körperverletzungen sind. Andererseits werden aber gerade die eigentlichen Kurpfuscher in der Mehrzahl der Fälle sich für ihr Handeln nicht auf § 263 berufen können, da ihre Eingriffe und Behandlungen nur in seltenen Fällen „der Uebung eines gewissenhaften Arztes" entsprechen werden: Der Kurpfuscher geht in der Hauptsache aus niederen Schichten hervor, nämlich aus Kreisen der Arbeiter, Handwerker, kleinen Landwirte, Handel- und Gewerbetreibenden[1]). Ihnen fehlt jede medizinische Ausbildung und meist auch jede Allgemeinbildung. Sie haben demnach von dem Bau des menschlichen Körpers und seinen Funktionen kaum eine Ahnung, noch viel weniger von der Behandlung, Verhütung von Krankheiten und den Wirkungen der Arzneimittel. Ihnen ist die sachliche Indikation eines Eingriffs oder Behandlung, die kunstgemässe Ausführung und die Prüfung der Statthaftigkeit nach der Ethik der Aerzte in den meisten Fällen unmöglich. Dies zeigen auch die Methoden der Kurpfuscher. So diagnostizierte Schäfer Ast aus den Nackenhaaren, andere wieder behandeln auf Grund einer Augendiagnose, des Urinbeschauens und der Handdiagnose[2]) Auch die Fernbehandlung, die Suggestivheilungen und das Naturheilverfahren als ausschliessliches Behandlungsmittel spielen eine grosse Rolle.

Nicht zu vergessen die Heilmethoden der christian science, welche die Oeffentlichkeit vor Jahren stark beschäftigte. Diese Sekte erachtet jedes Heilmittel für verderblich und glaubt jegliche Krankheit durch Gesundbeten, „durch Gebet zur Wiederherstellung des Zusammenhanges des Patienten mit der allumfassenden „Gottheit[3])" zu heilen. In den dem Reichsgericht[4]) vorliegenden Fällen wurde bei einer Zuckerkrankheit und einer gefährlichen krebsartigen Hautkrankheit jegliche ärztliche Vorschrift missachtet und die „Behandlung" gemäss der Lehre der christian science fortgesetzt trotz sichtbarer Zeichen eines unaufhaltbaren Zusammenbruchs, sodass ein frühzeitiger Tod eintrat.

V. Unter die zu Heilzwecken vorgenommene Heilbehandlung fällt auch die Behandlung von Geschlechtskrankheiten, wie Syphilis, Tripper und Schanker.

Doch ergeben sich gemäss dem Gesetze zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Febr. 1927, R. G. Bl. S. 61 ff gegenüber dem oben Gesagten bedeutende Abweichungen. Unser Recht kennt im allgemeinen keine allgemeine Rechtspflicht, in den Fällen einer Erkrankung für die Genesung zu sorgen, doch

[1]) Vgl. die bei Ebermayer die notwendige Bekämpfung des Kurpfuschertums S. 14 angeführte Statistik.

[2]) Vgl. Ebermayer, die notwendige Bekämpfung der Kurpfuscherei S. 13, 17.

[3]) R. G. Strafsachen Bd. 50 S. 37 ff.

[4]) R. G. Strafsachen Bd. 50 S. 37 ff.

hat nach § 2 dieses Gesetzes ein jeder, der an diesen drei Krankheiten leidet und dies weiss oder annehmen muss, die Pflicht, sich behandeln zu lassen. Auch kann die zuständige Gesundheitsbehörde Personen, die dringend verdächtig sind, geschlechtskrank zu sein und die Geschlechtskrankheit weiter zu verbreiten, anhalten, ein ärztliches Zeugnis über ihren Gesundheitszustand vorzulegen oder sich der Untersuchung zu unterziehen. (so § 4 I des Gesetzes). Auch können diese Personen, falls es zur Verhütung der Ausbreitung der Krankheit erforderlich erscheint, einem Heilverfahren unterworfen oder in ein Krankenhaus gebracht werden. Ob eine Einwilligung vorliegt, ist dabei rechtlich bedeutungslos. Die Handlung kann gegen den Willen des Behandelten, unter Umständen sogar unter Anwendung unmittelbaren Zwanges geschehen. Nur eine Grenze besteht: Bei mit ernster Gefahr für Leben oder Gesundheit verbundenen Eingriffen ist eine Einwilligung des Kranken erforderlich (vgl. hierzu § 4 des Gesetzes)

Mit dieser Regelung wird in die Rechtsphäre des Einzelnen ganz bedeutend eingegriffen. Um Missbrauch vorzubeugen, wird die Behandlung von Geschlechtskrankheiten und Krankheiten oder Leiden der Geschlechtsorgane jedoch nur den approbierten Aerzten gestattet (vgl. §§ 2, 7) Damit wird eine dem § 254 des Entwurfes (vgl. weiter unten) ganz ähnliche Bestimmung geschaffen

§ 2. Die nicht nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommenen Eingriffe und Behandlungen.

I. Unter § 264: „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, wird nur bestraft, wenn die Tat trotzdem gegen die guten Sitten verstößt", fallen alle die nicht unter § 263 gehörigen Fälle.

In Betracht kommen also in § 264 alle die Handlungen, die im Interesse Dritter vorgenommen werden wie Transplantationen, Transfusionen und dergleichen, sodann die Experimente am menschlichen Körper zwecks Erprobung der Wirkung einer Arznei oder der Feststellung eines Heilverfahrens. Und schließlich gehören unter § 264 alle die Eingriffe und Behandlungen, die, mag auch der Zweck des Eingriffs erreicht sein, der Uebung eines gewissenhaften Arztes ermangeln. Sei es, daß sie nicht der Uebung eines Arztes entsprechen, d. h. nicht sachlich indiziert und nicht kunstgemäß ausgeführt sind, oder den Anforderungen der ärztlichen Ethik nicht genügen. Hierunter werden in der Regel die Behandlungen der Kurpfuscher fallen, soweit sie nicht gegen die guten Sitten verstossen.

Im einzelnen ergiebt sich aus § 264 folgendes:

a) Es muss eine Körperverletzung vorliegen. Ueber ihren Begriff siehe § 1, I a.

b) Die Straflosigkeit der Körperverletzung wird von einer Einwilligung des Verletzten abhängig gemacht. Der Begriff der Einwilligung, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, das Alter

des Einwilligenden und ähnliche Fragen sind aber nicht ausdrücklich im Entwurf geregelt. Es sind daher kurz die Gesichtspunkte darzulegen, die für das geltende Recht zutreffen, und die Änderungen hervorzuheben, die der Entwurf bringt.

1. **Der Begriff der Einwilligung** kann bald weiter, bald enger bestimmt werden. Auf der einen Seite wird unter Einwilligung die bewußte Uebereinstimmung meines Willens mit dem bevorstehenden Willensakt eines anderen verstanden (sogenannte Willensrichtungstheorie), auf der anderen die Erklärung der Uebereinstimmung meines Willens mit dem Willensakte eines anderen (sogenannte Willenserklärungstheorie).

Die Willensrichtungstheorie fordert nicht den Ausdruck des Einverständnisses, es genügt die Willensrichtung als interner Vorgang[1]). Hierfür spricht die Erwägung, dass jedes Unrecht Interessenverletzung ist. Das Interesse bestimmt sich aber lediglich nach dem Willen, mag er auch ein interner Vorgang geblieben sein[2]). Auch soll der Staat die Rechtsgüter nicht eventuell gegen den Willen des Verletzten schützen, wie es bei der Abhängigkeit der Wirksamkeit von einer Erklärung des Willens der Fall sein könnte.

Die Willenserklärungstheorie verlangt demgegenüber die erklärte Uebereinstimmung der beiden Willensakte[3]). Dabei ist an den objektiv erklärten Willen zu denken, nicht aber an den inneren Willen plus Erklärung (die Anfechtungsfälle).

Hierfür und gegen die erstere Meinung wird vorgebracht, daß das Recht als Regelung des Gemeinschaftslebens sich nur an den in der Außenwelt verwirklichten Willen der Gemeinschaftsglieder halten könne[4]), dass das Recht der Einwilligung rechtliche Wirkung beigelegt habe und sie deshalb Willenserklärung sei[5]), alle internen Vorgänge aber nur der Charakterisierung der Willensakte dienten,[6]) dass es bedenklich erscheine juristische Relevanz einem so unsicheren, im allgemeinen auch unbeweisbaren Vorgange wie der Willensrichtung einzuräumen[7]).

Der Entwurf spricht sich in § 264 **für diese Willenserklärungstheorie** aus. Das ergibt sich aus folgendem: Dem Willen des Verletzten wird im Entwurf eine massgebende Bedeutung eingeräumt. Einerseits spricht der Entwurf in § 253, IV von einer Tat „ohne

[1]) Mezger G. S. Bd. 89, S. 277 f.; Binding Handb. S. 715 n. 22, S. 127 Heilborn S. 174 ff.; Holer S. 72, 86;
[2]) Vgl. auch Traeger G. S. Bd. 94, S. 155; Binding Hdb. S. 717.
[3]) Vgl. Kessler S. 26; Roedenbeck, G. S. Bd. 37, S. 127; Gerland V. D. A. Bd. II, S. 491; Honig, S.139 ff.; Zitelmann, Arch. f. ziv. Praxis Bd. 99 S. 51 ff
[4]) Honig S. 139.
[5]) Kessler S. 100 f.
[6]) Kessler, G S. Bd. 38, S. 568.
[7]) Gerland, V. D. A. Band II S. 491. Aehnlich Traeger G. S. Band 94, Seite 136: „Genüge die blosse Willensrichtung, so werde dem Verletzten ein dem Missbrauch stark ausgesetztes Begnadigungsrecht eingeräumt und das umsomehr, als der Verletzte leicht hinterher einer Täuschung über das Vorhandengewesensein oder über die Ernstlichkeit einer rein innerlich gebliebenen Willensrichtung unterworfen ist“ (vgl. auch von Bar, Gesetz und Schuld Bd. III, S. 63)

Einwilligung", in § 264 von einer Körperverletzung „mit Einwilligung" andererseits in den §§ 240, 281 von einem Handeln „gegen den Willen". Es ist ersichtlich, daß der Entwurf unter diesen Fassungen nicht dasselbe versteht. Die Begründung S. 138 f. gibt uns die Unterscheidungsmerkmale an: „Wo (ein Handeln „ohne Einwilligung" verlangt oder) die Straflosigkeit von der Einwilligung des Verletzten (so in § 264!) abhängig gemacht wird, ist der äussere Tatbestand der strafbaren Handlung gegeben, wenn nicht der Betroffene der Tat vorher irgendwie erkennbar (!) zugestimmt hat; das nach außen nicht hervorgetretene innere Einverständnis (so Willensrichtungstheorie) genügt nicht". Bei den Delikten „gegen den Willen" dagegen „muss festgestellt werden, dass der Verletzte die Tat nicht wollte, und dass der Täter diesen seiner Tat entgegenstehenden Willen kannte oder doch mit ihm rechnete". In allen diesen Fällen, in denen ein Handeln „gegen den Willen" verlangt wird, ist ersichtlich, dass auch das innere Einverständnis mit berücksichtigt werden soll Bei einem Handeln „ohne Einwilligung" dagegen ist nur der **nach aussen erkennbare Wille** rechtlich relevant.

Wohl hat eine Begründung nie Gesetzeskraft, und wir sind nicht gezwungen, ihre Meinung zu der unsrigen zu machen. Aber hier ist die Sachlage anders. Der Entwurf stellt zwei verschiedene Fassungen auf, die „ohne" bezw. „mit Einwilligung" und die „gegen den Willen". Die Begründung behandelt nun den Unterschied zwischen beiden in so ausführlicher und präziser Weise, sodaß dieser Unterschied hier als Wille des Gesetzgebers zu gelten hat. Zudem finden wir diesen Unterschied bereits in der Begründung zu Entwurf 1925 Seite 128 und in der Denkschrift zu Entwurf 1919 S. 252 f; 259. Seitdem also die verschiedene Fassung besteht, besteht auch die gleiche Auslegung ihrer verschiedenen Bedeutung.

Diese Unterscheidung ist daher trotz einiger Bedenken auf praktischem Gebiete (vgl. die Ausführungen oben Seite 14) anzuwenden[1]) Der Entwurf steht also auf dem Boden der Willenserklärungstheorie, nur bei den Delikten gegen die Willensfreiheit wird der innere Wille berücksichtigt. Demzufolge ist der Begriff der Einwilligung in § 264 zu definieren als die Erklärung der Uebereinstimmung meines Willens mit dem bevorstehenden Willensakte eines anderen[2]) An Hand dieser Begriffsbestimmung sind die anderen Fragen der Einwilligung zu betrachten. Daraus ergibt sich folgendes: Der Willensakt, die Handlung des anderen muss bevorstehen. Eine rechtswirksame Einwilligung kann nicht mehr nach der Tat erteilt werden. Sie muss vorher bestanden haben und zur Zeit der Tat noch vorhanden sein. Der Strafanspruch des Staates kann nicht nachträglich durch Vereinbarung der beteiligten Personen vereitelt werden[3])

[1]) Vgl. Ebermeyer, Arzt und Patient, S. 144.
[2]) Vgl. auch Begründung S. 134.
[3]) Gerland V. D. A. Bd. II, S. 506; Zitelmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 99. S. 100; Traeger, G. S. Bd. 94, S. 134.

Die Einwilligung kann sich nur auf eine bestimmte Handlung beziehen. Bei einer Allgemein-Einwilligung würde eine inhaltlich vollkommen unbestimmte und damit eine objektlose Einwilligung geschaffen werden[1])

Rechtswirksame Bedeutung kann nur die Einwilligung eines willensfähigen, geistig gesunden Menschen haben[2])

2. Die **juristische Natur** der Einwilligung versuchen einige einheitlich zu bestimmen.

Die einen[3]) kommen, ausgehend von dem Verbrechen als der Verletzung eines subjektiven Rechtes, dazu, die Einwilligung ihrer juristischen Natur nach als Verfügung über ein subjektives Recht anzusehen. Dagegen ist geltend zu machen: Unrecht ist Interessenverletzung und nicht Verletzung eines subjektiven Rechts. Demzufolge ist diese Definition der Einwilligung als Verfügung nicht haltbar.

Die anderen[4]) scheiden zwischen veräusserlichen und unveräusserlichen Rechten. Bei der Einwilligung in die Verletzung veräusserlicher Rechte werde dieses Recht auf den Täter übertragen, während bei der Verletzung unveräusserlicher Rechte die Einwilligung einer blossen Dereliktion gleichstehe. Es ist abwegig, die Einwilligung in die Verletzung eines veräusserlichen Rechtes als Uebertragung dieses Rechtes aufzufassen. Willige ich in die Zerstörung meines Stockes ein, so übertrage ich noch lange nicht mein Eigentum an ihm[5])

Zitelmann[6]) wiederum, und ihm tritt Frank in den früheren Auflagen (vgl. Str. G. B. f. d. D. Reich, Tübingen 1915, Vorbem. 3 vor § 51) seines Kommentars bei[7]), fasst auf Grund seiner Rechtsgeschäftstheorie die Einwilligung als Rechtsgeschäft auf (vgl. S. 48, 51, 55, 56)

Dagegen weist Gerland[8]) auf den Unterschied zwischen dem Alter beim Antragsrecht und dem bei der Einwilligung hin. Das Gesetz gestehe durch die Gewährung des Antragsrechtes dem Verletzten die Beurteilungsfähigkeit einer erlittenen Verletzung zu. Dann aber bestände kein triftiger Grund, das Alter bei der Einwilligung auf 21 Jahre heraufzusetzen. Auch hier könne eine Einwilligung nur dann verboten sein, wenn der Einwilligende eine Verletzung ihrem Wesen nach nicht rechtlich zu beurteilen vermag.

---

[1]) Honig, S. 140; Gerland, V. D. A. Bd. II, S. 507; Kessler S. 111 f;
[2]) Gerland, V. D. A. II, S. 508.
[3]) Vgl. Henke, Hdb. d. Kriminalr. u. d. Kriminalpolitik 1823.
[4]) Vgl. Luden, Hdb. des Teutschen gemeinen und partikul. Strafr. Bd, I, S. 316, 321 f ; Stübel, Neues Arch. d. Kriminalr. Bd. IX, S. 558 ff.
[5]) Vgl. auch Honig, S. 143.
[6]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 99. S 1 ff.
[7]) In den neueren Auflagen, vgl. 16. Aufl., hat Frank seinen Standpunkt geändert; er bemerkt richtig, die Zitelmannsche Theorie passe nur dann, wenn das verletzte oder gefährdete Interesse Gegenstand des privatrechtl. Verkehrs ist. Nur auf diese Fälle wären die Vorschriften des B. G. B. anwendbar.
) V. D. A. Bd. II S. 503.

Der wichtigste Gegengrund ist aber die Verwischung der beiden Gegensätze Einwilligung als Rechtsgeschäft und Einwilligung als Rechtfertigungsgrund. Die Einwilligung als Rechtsgeschäft ist nur auf das Privatrecht beschränkt. Sie kann höchstens mittelbar für das Strafrecht Bedeutung gewinnen. Und nur in den wenigsten Fällen ist das verletzte oder gefährdete Interesse, das im Strafrecht geschützt wird, auch Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs[1])

Zudem geht die zivilrechtliche Einwilligung auf positive Begründung von Rechten, die strafrechtliche Einwilligung dagegen will lediglich den Ausschluss des strafrechtlichen Schutzes begründen. Rechte werden nicht geschaffen

Vielmehr ist eine einheitliche Feststellung der juristischen Natur der Einwilligung nicht möglich. Das Gesetz behandelt die von ihm geschützten Interessen nicht einheitlich, demzufolge muss auch die juristische Natur der Einwilligung verschieden sein.

3. Hinsichtlich der **Form** ist eine ausdrückliche Erklärung nicht erforderlich. Konkludentes Handeln des Einwilligenden genügt. Die Einwilligung muss nur erkennbar sein[2]). Gebe ich wortlos dem Freunde meinen Stock zur Verteidigung und wird dieser Stock hierbei beschädigt, so kann nicht von einer rechtswidrigen Sachbeschädigung gesprochen werden.

4. Bedeutsam für das Problem der Heilbehandlung ist die Frage nach dem Erfordernis der **Kenntnisnahme** der Einwilligung durch den Verletzenden. Auch nach der in § 264 vertretenen Willenserklärungstheorie ist eine Kenntnisnahme von der Einwilligung abzulehnen. Die Einwilligung ist objektiv zu bestimmen, es ist auf das Rechtsgut abzustellen. Durch die Einwilligung wird das Objekt der Verletzung hierzu untauglich gemacht. Demzufolge kann von einer Kenntnisnahme abgesehen werden[3]). So von vornherein schon die Willensrichtungstheorie[4]). Der Verletzende, der das Vorhandensein einer Einwilligung nicht kennt, macht sich demnach nicht eines vollendeten Deliktes, wohl aber unter Umständen des Versuchs am untauglichen Objekt schuldig.

5. Die Einwilligung ist jederzeit **widerruflich.** Dies folgt aus dem Wesen des Strafrechts: Es begründet nicht, wie das Zivilrecht, Rechte des Einzelnen und schafft daher auch nicht Pflichten, die aus diesen Rechten entspringen[5]). Zu demselben Ergebnis

[1]) Mezger, G. S. Bd. 89, S, 276 f. Frank, Vorbem. 3 zu § 51, Honig S. 104 Holer S. 82 f.

[2]) Vgl. Begründung S. 139; Honig S. 145 ff.

[3]) So auch Traeger G. S. Bd. 94, S. 136; v. Bar, S. 62: „Da die Einwilligung objektiv die Rechtswidrigkeit ausschliesst oder in anderen Fällen mindert, so braucht sie um diese Wirkung zu haben, dem Handelnden nicht bekannt zu sein".

[4]) Vgl. Mezger S. 273 ff.; Binding Hdb. S. 715 n. 22; v. Liszt, Aufl. 1927 § 35 IV. Frank Aufl. 1926 S. 138. Zu entgegengesetztem Ergebnis muss die Rechtsgeschäftstheorie auf Grund der Anwendung bürgerlich rechtlicher Vorschriften (vgl. § 138 B. G. B.!) kommen. So auch Kessler, S. 105 ff. Vermittelnd Honig S. 153 ff.: die Kenntnisnahme ist je nach der Fallgestaltung erforderlich oder nicht. Wann dies aber der Fall sein soll, wird nicht näher dargelegt.

[5]) Vgl. auch Honig S. 149, der zur Bejahung durch die Verallgemeinerung

kommt auch die Willensrichtungstheorie und in der Regel ebenfalls die, welche zwischen veräusserlichen und unveräusserlichen Rechten scheiden, da diese ganz überwiegend Leben und Gesundheit als unveräusserliche Rechte bezeichnen und daher die Widerruflichkeit zulassen. Es erübrigt sich daher, auf die Frage nach der Berechtigung zu dieser Unterscheidung zwischen veräußerlichen und unveräusserlichen Rechten und demzufolge zwischen Unwiderruflichkeit und Widerruflichkeit einzugehen.

6. Von Wichtigkeit ist die Frage nach dem **Objekt der Einwilligung.** Es bestehen 3 Möglichkeiten: Die Einwilligung kann sich beziehen auf die Handlung, auf die Handlung und Erfolg oder nur auf den Erfolg. Auf den Erfolg stellt Gerland[1]) ab: Die Einwilligung müsse sich auf das strafrechtlich Relevante beziehen, und das sei der Erfolg. Damit wird aber der Einwilligung eine zu enge Grenze gezogen. Alle Tätigkeits- und Fahrlässigkeitsdelikte sind dann von der Einwilligung ausgeschlossen. Gegen diese Ansicht wendet sich v. Bar: „Der Kranke, der den Arzt um sanfte Tötung durch Morphium bittet, will nicht durch Arsenik getötet werden".

Andere beziehen wiederum die Einwilligungen nicht nur auf die Handlung sondern auch auf den Erfolg[2]). Jede Handlung bestände aus Willensbestätigung (Körperbewegung) und Erfolg. Nach Traeger, G. S. Bd. 94, S. 140 ist der Begriff der Einwilligung nicht auf die Handlung beschränkt. Eingewilligt ist in alle Folgen der Handlung, auch in die unerwünschten und unerwarteten, die der Einwilligende als mögliche voraussieht. (Vgl. S. 141 f.) Damit geht aber Traeger zu weit. Bei einer Operation ist die Möglichkeit einer Infizierung mit Krankheitsstoffen eine grosse. Der Patient sieht dies auch voraus, und doch wird hier nicht von einer Einwilligung in die infizierte Krankheit und die damit verbundenen Folgen gesprochen werden können. Oder das Beispiel bei Honig: Ein Kunstschütze schiesst auf eine von seinem Gehilfen gehaltene Spielkarte. Allein darin, dass der Gehilfe sich eine Körperverletzung als möglich vorgestellt hat und die damit verbundenen Folgen als möglich voraussieht, ist eine Einwilligung nicht zu erblicken. In beiden Fällen liegt lediglich eine Einwilligung in die Handlung vor. Ein anderes Ergebnis würde keineswegs dem praktischen Bedürfnis entsprechen. Zudem kann sich die Einwilligung nur auf einen bestimmten Erfolg beziehen, aber nicht auf alle möglichen Folgen, die sich der Einwilligende vorstellt. Damit wird leicht eine inhaltlich unbestimmte, eine objektlose Einwilligung geschaffen.

Honig dagegen scheidet zwischen Tätigkeits- und Erfolgsdelikten. Nur bei den Erfolgsdelikten, d. h. bei den Delikten, zu

---

des § 858 I. B. G. B. gelangt: „Der Besitzer könne in allen Fällen, wo ihm das Gesetz nicht eine Gestattungspflicht auferlege, jederzeit widerrufen." Vgl. auch Traeger G. S. Bd. 94, S. 137 ff.

[1]) V. D. A. Bd. II. S. 492, M. E. Mayer, S. 291 n. 15.
[2]) Traeger G. S. 94, S. 140 ff., Holer S. 75 ff.

deren Tatbestand ein durch das menschliche Verhalten verursachtes, aber doch von ihm unterscheidbares Ereignis gehört, beziehe sich die Einwilligung auf Handlung und auf Erfolg (anders die Tätigkeitsdelikte; hier erschöpft sich der Tatbestand in dem positiven oder negativen Verhalten[1]). Auch die Meinung Honigs kann nicht gebilligt werden.

Vielmehr bezieht sich die Einwilligung lediglich auf die Handlung. Kessler (S. 25 f.) folgert dies aus dem Begriff der Einwilligung als der Erklärung der Uebereinstimmung meines Willens mit dem Willensakte eines anderen. Daher könne sich die Einwilligung nur auf die Handlung beziehen[2]). Mezger[3]) führt aus: Eine der grundlegenden Sätze der Rechtfertigungslehre sei, dass das Recht oder Unrecht im Augenblick der Tat feststehen müsse. Der Erfolg könne aber mitunter erst eintreten, lange nachdem der Täter gehandelt habe. Die Einwilligung als Unrechtsausschliessungsgrund könne sich daher nicht auf den Erfolg beziehen. Dagegen wendet sich Traeger G. S. Bd. 94 S. 142: Die Meinung Mezgers widerspräche nicht der Beziehung der Einwilligung auch auf den Erfolg, d. h. auf den, der vom Einwilligenden wenigstens als möglicher vorgestellt werde. Bezüglich dieses Erfolges stände es im Augenblick der Tat für den Handelnden fest, dass er kein rechtswidrig verursachter sei. Demgegenüber ist einzuwenden: Das „Vorstellen" dieser Möglichkeit genügt nicht. Die Willenserklärungstheorie verlangt eine Erteilung der Einwilligung in ausdrücklicher oder konkludenter Form. In einer blossen Einwilligung in die Operation oder in den Schuss auf die Spielkarte liegt doch noch lange nicht eine Einwilligung in ausdrücklicher oder konkludenter Form in die möglichen Folgen vor. Sodann widerspricht es jeglichem Gerechtigkeitssinn, die Einwilligung auf alle Folgen, die sich der Einwilligende als möglich vorgestellt hat, auch auf die unerwarteten und unerwünschten, zu erstrecken. Wer wird, abgesehen von Ausnahmefällen, in die ihm unerwünschten Folgen einwilligen? Traeger dehnt den Begriff der Einwilligung zu Gunsten des Verletzenden und zu Ungunsten des Verletzten aus. Aber gerade das Interesse des letzteren soll doch geschützt werden. Die Beziehung der Einwilligung auf die Handlung führt zu einzig richtigem und praktischem Ergebnis. Für unsere Ansicht spricht auch die Regelung des Entwurfes. § 264 macht die Wirksamkeit der Einwilligung von der Rechtfertigung der „Tat" abhängig, also von dem „Tätigwerden", der Handlung. Die Einwilligung kann sich daher nur auf die Handlung beziehen.

---

[1]) Vgl. auch Frank, S. 12; anderer Meinung v. Liszt, § 28, II. Er verwendet Erfolg im weiteren Sinne, d. h. als Eintritt einer jeden, wenn auch nur vorübergehenden Veränderung in der Aussenwelt. Sodann kann auch bei den schlichten Tätigkeitsdelikten von einem Erfolg gesprochen werden. Diese Fassung verwischt aber den Erfolgsbegriff. Nur der durch die Handlung angestrebte Erfolg kann strafrechtlich in Betracht kommen.

[2]) Vgl. auch Joski, die Einwilligung des Verletzten.

[3]) Mezger G. S. Bd. 89, S. 279.

Diese Meinung lässt auch in einwandfreier Weise eine Einwilligung bei den Fahrlässigkeitsdelikten zu. Diejenigen, die die Einwilligung auf den Erfolg bezogen haben wollen, verneinen teilweise die Anwendung der Einwilligung auf die fahrlässig begangenen Delikte, so z. B. Gerland[1]), da gerade bei den fahrlässig begangenen Delikten der Eintritt eines deliktischen Erfolges nicht erwartet werde, und Holer[2]), der von seinem Standpunkt, dass Einwilligung gleichbedeutend mit Wollen sei, zu dieser Folgerung gelangen muss. Anders Honig und Traeger, die die Einwilligung nicht nur auf den gewollten, sondern auch auf den möglichen Erfolg beziehen, sich aber dadurch unterscheiden, dass Traeger (S. 141) die Einwilligung auf **alle** als möglich vorgestellten Folgen bezieht und somit die Einwilligung bei allen Fahrlässigkeitsdelikten zuläßt, während Honig (S. 175) hierbei auf die Sachlage abstellt. Hierzu ist zu sagen, dass im Einzelfall wohl eine Einwilligung in einen für möglich vorgestellten bestimmten Erfolg vorliegen kann, vorausgesetzt, dass mindestens eine Einwilligung in Form einer konkludenten Handlung vorliegt, doch werden diese Fälle selten sein[3]). Die Zulassung einer Einwilligung „je nach den Umständen" ist zudem unscharf und erklärt nicht in einwandfreier Weise die Zulassung einer Einwilligung bei allen Fahrlässigkeitsdelikten.

Im Zusammenhang damit steht die Frage, ob sich die Einwilligung auf die vom Täter ausgeführte oder auf die vom Täter gewollte Tat erstreckt. Die Einwilligung wird immer nur auf die vom Täter gewollte Tat bezogen werden können. Nur darin war eingewilligt, nicht aber in den etwa anders ausfallenden Erfolg[4]).

7. Der **Umfang** der Einwilligung ist im Entwurf von 1927 dahin geregelt, dass die Tat nicht gegen die guten Sitten verstossen darf. Damit ist nicht auf die Angemessenheit der Erteilung der Einwilligung abgestellt, sondern auf die Rechtfertigung der Tat selber. Nicht aber kommt es, wie die Begründung S. 134 fälschlich sagt, darauf an, ob das „Gebrauchmachen" von der Erlaubnis gegen die guten Sitten verstösst.

Der Begriff der guten Sitten ist im Anschluss an seine Verwendung im bürgerlichen Recht eingeführt und war bisher dem Strafrecht fremd. Hiermit wird nicht, entgegen dem Wortlaut, auf die Sitte Bezug genommen, sondern lediglich auf die Moral, die Sittlichkeit[5]). Dies geht aus der Entstehungsgeschichte dieses Begriffs hervor, wie er bisher insbesondere im bürgerlichen Recht verwendet wurde. Dieser Begriff ist nichts anderes als die wenig glückliche Uebersetzung des lateinischen „contra bonos mores".

[1]) V. D. A. Bd. II, S. 492,
[2]) Holer, S. 79 f.
[3]) Vgl. auch Mezger S. 279 f.
[4]) A. M. die, welche die Einwilligung auf den Erfolg beziehen, vgl. Honig S. 173 n. 137, v. Bar, S. 62, Traeger S. 141 ff.
[5]) So die h. M. vgl. insbes. Enneccerus § 178 n. 3. Staudinger, Kommentar z. B. G. B. § 138 n. 2

Der Römer aber verstand unter „mores“ nur die Sittlichkeit. So verwenden auch die früheren Gesetze, wie das badische Landrecht S.6 u. 1131, 1133, das sächs. B. G. B. §§ 90, 793, 1540 ff., Entwurf eines B. G. B. für Bayern (1860/64) Th. I art. 80 II, Th. II art. 933 f. 1540 ff., Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse (Dresden 1866), art. 3, 110 f., vgl. auch Motive S. 211 zu Entwurf I des B. G. B., den Ausdruck „wider die guten Sitten“, und „unsittlich“ als gleichbedeutend. Dies geht ebenfalls aus § 138 II. B. G. B. und aus den Anwendungsfällen des § 826 B. G. B. hervor. Niemanden wird es einfallen, § 826 auf die Sitte anzuwenden. Sodann ist bei der Prüfung, ob eine Körperverletzung trotz der Einwilligung „wider die guten Sitten“ verstösst, auf die Grundlagen des Strafrechts zurückzugehen, und die sind neben der Soziologie, die Moral. Die Sitte dagegen ist nur Mittel zum Zweck. Sie dient lediglich zur Aufrechterhaltung und Förderung der Sittlichkeit. Zudem hat sie nur lokale Bedeutung und ist weit grösseren zeitlichen und lokalen Schwankungen unterworfen als die Moral[1].)

Dieser Begriff wider die guten Sitten ist ein objektives Merkmal mit subjektiver Färbung.

Massgebend ist zunächst ein objektiver Maßstab; die im Leben anerkannte, tatsächlich geübte Ethik ist zu berücksichtigen. Die „guten Sitten“ sind nach dem jetzt herrschenden Volksbewusstsein, dem Anstands- und Sittlichkeitsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zu bestimmen. Dies genügt aber nicht. Auch die Anschauungen der verschiedenen sozialen Kreise, innerhalb deren die Handlung stattfindet, sind bei der Prüfung, ob eine Handlung wider die guten Sitten verstösst, mit heranzuziehen. Neben der Volksmoral ist also auch die Berufs- oder Klassenmoral maßgebend[2]). Dieser Begriff ist aber nicht absolut. Er kann nicht für alle Zeiten fest und unverrückbar festgestellt werden. Andere Kulturstufen, andere Anschauungen bedingen auch einen anderen Begriff der guten Sitte.

Daneben ist aber noch das subjektive Merkmal der Gesinnung des Handelnden zu berücksichtigen. Erst die subjektive Willensrichtung wird in vielen Fällen die Körperverletzung zu einer sittenwidrigen stempeln[3]) Der Maßstab bei Bestimmung dieses Begriffes ist, wie allgemein anerkannt wird, ein durchschnittlicher. Es haben einmal alle laxen Ansichten und Unsitten, andererseits aber auch die hochgespannten Anschauungen eines besonders feinfühligen Menschen auszuscheiden.

Bei der Feststellung, ob nun im konkreten Fall eine Körperverletzung „wider die guten Sitten“ verstösst, kommt alles auf die einzelnen Umstände an. Die Art der Verletzung, der mit ihr

[1]) Vgl. die Untersuchungen Iherings in „Zweck im Recht“ Bd. II. S. 28 ff, 57 ff., 256 ff.

[2]) Oertmann, Komment. z. B. G. B. § 826, n. 2;c, Reichsgerichtsrätekomment. § 826 n 2, Staudinger, Komment. z. B. G. B. § 138 n. 2. A. M. Enneccerus § 178 I.

[3]) Mezger, S. 263 f, Staudinger, Komment. z. B. G. B. § 823 n. 3 b.

verfolgte Zweck und die Frage nach der Rechtfertigung des Zweckes gerade durch diese Körperverletzung bedingen einen Verstoss bezw. Nichtverstoss gegen die guten Sitten. Viel wird es dabei auf den verfolgten Zweck ankommen. Die Zufügung sogar einer schweren Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten ist dann nicht sittenwidrig, wenn sie z. B. zur Rettung eines Dritten aus Lebensgefahr geschieht. Während wiederum das Zufügen einer leichten Körperverletzung sittenwidrig sein kann, wie z. B. das Beibringen eines Schmisses, um das Aussehen des Diebes zu verändern.

Aufgabe des Richters ist es, alle die einzelnen Umstände des konkreten Falles zur Prüfung der Sittenwidrigkeit einer Tat heranzuziehen und so die Wirksamkeit einer Einwilligung festzustellen. Es handelt sich hier somit um ein „normatives Element" in den rechtlichen Voraussetzungen der Bestimmung.

8. Von grosser Wichtigkeit für unsere Betrachtung ist die Frage nach dem **Alter des Einwilligenden.**

Auf alle Fälle wird zur Erteilung einer rechtswirksamen Einwilligung Zurechnungsfähigkeit verlangt werden müssen. Die Einwilligung des Unzurechnungsfähigen genügt nicht, den Interessengehalt der Norm zu beseitigen. Nicht zurechnungsfähig ist der, „wer zur Zeit der Tat wegen Bewusstseinsstörung, wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder wegen Geistesschwäche, unfähig ist, das Unrechtmässige der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln" (§ 13). Das Kriterium der Unzurechnungstähigkeit ist damit das Fehlen des Unterscheidungsvermögens oder des Hemmungsvermögens. Aber gerade das wird bei der Einwilligung verlangt. Der Einwilligende muss die Tat zutreffend beurteilen und ausreichend würdigen, er muss gemäss seiner geistigen und sittlichen Entwicklung die etwa gegen eine Verletzung sprechenden Allgemein-Interessen richtig beurteilen und die für eine und gegen eine Verletzung sprechenden Gründe einsichtig und verständnisvoll gegeneinander abwägen können.

Dem Unzurechnungsfähigen fehlt dieses Verständnis und diese Urteilsfähigkeit. Seiner Einwilligung ist daher keine massgebende Bedeutung beizulegen, sie kann der Tat nicht den Charakter eines Verstosses gegeu die guten Sitten nehmen. Dafür sprechen ausser den eigenen wahren Interessen des Unzurechnungsfähigen die Interessen der Allgemeinheit, des Staates und ein allgemeines praktisches Bedürfnis. Die Allgemeinheit, der Staat sind an einer völligen und möglichst raschen Wiedergesundung des Unzurechnungsfähigen interessiert, dieser aber wird sich infolge seines kranken Willens meist in eine falsche Behandlung geben, sich von einem Kurpfuscher oder überhaupt nicht behandeln lassen. Willigt daher ein Unzurechnungsfähiger in eine Behandlung durch einen Arzt oder Kurpfuscher oder in Eingriffe zu experimentellen Zwecken ein, so genügt seine Einwilligung nicht, um den Interessengehalt

ler Norm zu beseitigen und der Tat den Charakter eines Verstosses gegen die guten Sitten zu nehmen.[1])

Den Geisteskranken wird demnach in allen Fällen das Unterscheidungsvermögen oder das Hemmungsvermögen, d. h. die Fähigkeit, das Unrechtmässige der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, fehlen.

Anders bei geistesschwachen Personen z. B. Psychopathen. Sie können sehr wohl im Einzelfall je nach der Sachlage, nach der Art der Behandlung und dem mit ihr verfolgten Zweck und dem Grade der Krankheit imstande sein, die Tat zutreffend zu beurteilen und ausreichend zu würdigen. Das Gleiche gilt für „das Kind" im Sinne der §§ 15, 9 Z. 1 des Entwurfes. Dieses braucht trotz der in § 15 aufgestellten Vermutung der Unzurechnungsfähigkeit im konkreten Fall nicht unzurechnungsfähig im obigen Sinne zu sein, sondern ein gut ausgeprägtes Unterscheidungs- und Hemmungsvermögen besitzen.

Die Zurechnungsfähigkeit allein genügt aber zur Erteilung einer rechtswirksamen Einwilligung nicht. Bezüglich weiterer Erfordernisse stehen sich nach geltendem Recht zwei Meinungen gegenüber. Die einen wollen ein fest bestimmtes Alter als Bedingung der Wirksamkeit der Einwilligung annehmen, die anderen die Höhe des Alters von den gesamten Umständen des Einzelfalles abhängig machen.

So verlangt Zitelmann auf Grund seiner Rechtsgeschäftstheorie, der Formulierung der Einwilligung als ein auf den Ausschluss der Rechtswidrigkeit gerichtetes Rechtsgeschäft, zur rechtsgültigen Einwilligung das vollendete 21. Lebensjahr.[2])

Klee[3]) wiederum will die Strafmündigkeitsgrenze, also das 14. und 18. Lebensjahr analog angewendet wissen. Es müsse aber auch bei der Einwilligung entscheidend sein, ob dem Jugendlichen die zur Erkenntnis der Tragweite der Einwilligung gehörige geistige Reife zuzusprechen sei.

Und Gerland [4]) macht die Erteilung der Einwilligung von der analogen Anwendung des zur Stellung des Strafantrags berechtigenden vollendeten 18. Lebensjahres abhängig.

Gegen eine feste Altersgrenze wendet sich das Reichsgericht. Die rechtliche Wirksamkeit einer Einwilligung richte sich nach den persönlichen Fähigkeiten des jugendlichen Verletzten. Es sei zu prüfen, ob der Einwilligende zur Zeit der Tat die zutreffende Beurteilung und ausreichende Würdigung der gegen ihn gerichteten Handlung besessen habe[5])

---

[1]) Vergl. Mezger Bd. 89 S. 286 n. 1; Gerland V. D. A. Bd. 2 S. 504; Honig S. 168 von Bar, Gesetz und Schuld Band 3 S. 65, G. S. Bd. 60 S. 98, S. 102 f; Wachtel S. 34.

[2]) So auch Schaper in Holtzendorffs Hdb. Bd. II, S. 130. Planck, Komment. z. B. G. B. § 107 II, 4, der mit einer analogen Anwendung arbeitet.

[3]) Klee, Goltdammers Arch. Bd. 48, S. 343; so auch Finger, Lehrb. Bd. I, S. 417 f.

[4]) V. D. A. Bd. II, S. 503.

[5]) R. G. St. Bd. 41, S. 394, Bd. 10, S. 371; so auch v. Bar S. 65 f.

Mezger[1]) entscheidet diese Frage nach dem „Prinzip des mangelnden Interesses". Das Unrecht besteht nicht in der Verletzung subjektiver Rechte, sondern in der Verletzung der an dem betreffenden Rechtsgut bestehenden Interessen. Eine Einwilligung sei dann rechtswirksam, wenn es an einem Interesse an der Aufrechterhaltung der Körperintegrität mangele. Nach der Interessenlage richte sich demnach auch die Erforderlichkeit und die Höhe des Alters. Von dem an dem jeweiligen Rechtsgut bestehenden Interesse hänge es ab, ob der Einwilligung des Minderjährigen rechtswirksame Bedeutung zuzumessen sei, und welches Alter zu einer rechtswirksamen Einwilligung genügend sei. Dies sei nach den einzelnen Delikten verschieden und könne innerhalb dieser auch nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der einzelnen Umstände gerade dieses konkreten Falles entschieden werden[2])

Auf diesen Standpunkt stellt sich auch der Entwurf. § 264 macht die Wirksamkeit der Einwilligung davon abhängig, dass die Tat nicht trotz der Einwilligung gegen die „guten Sitten" verstösst[3]). Dies bedeutet aber nichts anders als eine Abwägung zwischen den Interessen des Einzelnen und denen der Allgemeinheit.

Ob die Einwilligung der Tat den Charakter eines Verstosses gegen die guten Sitten nehmen kann, kommt auf die einzelnen Umstände des konkreten Falles, auf die an dem Rechtsgut bestehenden Interessen an. Die Art der Verletzung, der verfolgte Zweck, und ob dieser Zweck gerade diese Art der Körperverletzung erforderte, sind hierbei von massgebender Bedeutung. Danach wird bei leichten und ungefährlichen Körperverletzungen z. B. bei unbedeutenden experimentellen Behandlungen, geringfügigen Transfusionen und Transplantationen die Einwilligung des Kindes und des Geistesschwachen, die die Urteilsfähigkeit über die Tat besitzen, oder die des Minderjährigen genügen. Eine solche Körperverletzung widerspricht nicht den guten Sitten, nicht den Interessen der Allgemeinheit. Handelt es sich dagegen um schwerere, womöglich mit Lebensgefahr verknüpfte Eingriffe und Behandlungen, oder werden durch sie dauernde Entstellungen oder für geraume Zeit anhaltende nachteilige Folgen hervorgerufen, so vermag die Einwilligung des unmittelbar Verletzten allein den Interessengehalt der Norm nicht zu beseitigen. Trotz seiner Einwilligung verstösst die Tat gegen die guten Sitten. Je folgenschwerer der Einbegriff ist oder sein kann, um so höhere Anforderungen sind an die Einsicht und demzufolge an das Alter im konkreten Fall zu stellen.

9. Im Zusammenhang damit steht die Frage nach der **Zulässigkeit der Stellvertretung.** Grundsätzlich ist eine Stellvertretung bei der Einwilligung in die Verletzungen der Körperintegrität unzulässig. Es handelt sich einmal um höchstpersönliche Rechtsgüter, und sodann kommen die Stellvertretungsvorschriften nur bei der Einwilligung als Rechtsgeschäft, nicht aber bei der Einwilligung

[1]) G. S. Bd. 89, S. 270 ff.; a. M. Planck, Komment. z. B. G. B. § 107II, 4; J. W. 1911 S. 748.
[2])Vgl. auch v. Liszt, § 33 IV, § 88, III.
[3]) Vgl. Begründung S. 134, 139.

als Rechtfertigungsgrund zur Anwendung[1]). Eine Stellvertretung, also eine analoge Anwendung der §§ 164 ff. B. G. B. ist nur dann zulässig, wenn die Interessenlage, unabweisbare praktische Bedürfnisse dies erfordern.

In § 264 handelt es sich nicht wie in § 263 um Heilbehandlung im obigen Sinne, sondern um Körperverletzungen. Die Möglichkeit einer unrechtsausschliessenden Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ist daher nicht einzusehen, denn die Handlungen des § 264 werden nicht im wahren Interesse des Vertretenen vorgenommen. Dabei ist es gleich, ob es sich um Geisteskranke oder Zurechnungsfähige handelt. Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters kann sich doch immer nur als ein Akt der Fürsorge für die Person des Vertretenen darstellen, sie kann „nur soweit anerkannt werden als sie dem Verletzten offenbar von Nutzen ist."[2])

Auch praktische Bedürfnisse sprechen nicht für eine Zulassung der Stellvertretung. Dem Missbrauch wäre sonst Tür und Tor geöffnet. Die Person des Vertretenen soll und darf nicht seitens des gesetzlichen Vertreters ausgenutzt oder geschädigt werden.

II. Aus dem Wortlaut des § 264: „Wer eine Körperverletzung . . . vornimmt, wird nur bestraft . . ." geht deutlich hervor, dass es sich hier nicht um einen Ausschluss der Tatbestandsmässigkeit wie in § 263 handeln kann. Vielmehr wird in § 264 der Tatbestand der Körperverletzung bejaht und nur die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen. Nicht aber handelt es sich hierbei um einen blossen Schuld- oder persönlichen Strafausschliessungsgrund.

Das geht aus § 264 selbst hervor: Die Bestimmung macht das Vorliegen einer Körperverletzung von dem Vorhandensein der Einwilligung abhängig; das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Einwilligung kann aber nach richtiger Meinunng nur über die Rechtswidrigkeit entscheiden. Durch die Einwilligung fällt das geschützte Interesse fort und damit das Objekt des Deliktes. Es fehlt somit die Rechtswidrigkeit; nicht aber kann etwa die Handlung unter diesen Umständen noch rechtswidrig sein, und nur die Schuld ausgeschlossen werden.

Bereits § 293 des Entwurfes der Strafrechtskommission von 1913 drückte dies ganz deutlich aus: „Nicht rechtswidrig handelt, wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt". Diesen Standpunkt nehmen ebenfalls die Begründungen zu § 239, Entwurf 1925, und zu § 264, Entwurf 1927 und die gemeine Theorie zu dem gleichlautenden § 239, Entwurf 1925 ein.[3])

III. Liegt keine Einwilligung vor, so taucht die Frage nach der Konkurrenz zwischen Körperverletzung (§ 259) und Nötigung (§ 279) auf. Nicht jede Körperverletzung erfüllt auch den Tat-

[1]) Vgl. Mezger S. 280; Traeger S. 152 f.; Kessler S. 101; Honig S. 169.
[2]) v. Bar, S. 65.
[3]) Wachenfeld, Arch. f. Strafr. Bd, 70, S. 69; Radbruch in Reform des

bestand der Nötigung. Doch wird mit Frank[1]) dann eine Konkurrenz gemäss § 65[2]) zwischen diesen beiden Delikten anzunehmen sein, wenn die Gewalt gleichzeitig Körperverletzung ist und nur zur Erzwingung von etwas weiterem angewandt wird, oder wenn Gewalt oder Bedrohung angewendet werden, um zur Erduldung einer Körperverletzung zu zwingen. Demnach ist eine Konkurrenz zwischen Körperverletzung u. Nötigung sehr wohl möglich.

§ 3. Die eigenmächtige Heilbehandlung.

§ 281.

„Wer jemand gegen dessen Willen zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (Absatz 2 folgt später).

Die Vorschriften des Absatzes 1 (2) finden keine Anwendung, wenn der Behandelnde oder der Arzt nach den Umständen ausserstande war, die Einwilligung des Behandelten (oder der Schwangeren) rechtzeitig einzuholen, ohne ihr Leben oder ihre Gesundheit ernstlich zu gefährden.

Die Tat wird nur auf Verlangen des Behandelten (oder der Schwangeren) verfolgt.

In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen".

I. Diese Bestimmung ist gegenüber dem geltenden Recht vollkommen neu. Sie fand sich bereits in § 313 des Entwurfs von 1919, wurde aber im Entwurf von 1925 auf Drängen der Aerzteschaft, die dadurch eine Benachteiligung fürchtete, fallen gelassen und erst wieder im Entwurf 1927 aufgenommen.

§ 281 dient als Ergänzung des § 263. Die Folge letzterer Bestimmung ist, dass auch ein gegen den Willen oder ohne die Einwilligung des Kranken vorgenommener Eingriff tatbestandsmässig keine Körperverletzung ist. Nun aber muss das Recht des Kranken, über sich selbst zu bestimmen, seine Willensfreiheit geschützt werden. Niemand soll und darf dem Arzte oder einer anderen Person bei Eingriffen zu Heilzwecken auf Gnade oder Ungnade verfallen sein. Es machte sich daher eine Regelung in Form des § 281 erforderlich.

a) Unter § 281 fällt lediglich die Heilbehandlung zu Heilzwecken. Gemäss dem Sinne dieses § und der ganzen Regelung des Entwurfes ist diese Bestimmung nur auf § 263 anwendbar. Nur diese Fälle einer Heilbehandlung können bei Nichtvorliegen einer Einwilligung als Delikt gegen die Willensfreiheit bestraft werden.

b) Eine Heilbehandlung gegen den Willen des Behandelten ist strafbar. Nach der Begründung S. 142, in Verbindung mit S. 138 f. liegt dann eine Handlung gegen den Willen vor, wenn

Strafrechts, S. 317; Heimberger ebendort, S. 87; Dohna in Festg. f. Stammler. S. 273; Gerland, Entw. 1925, S. 36.

[1]) Frank, Strafgesetzbuch 1925, S. 473.

[2]) „Sind auf dieselbe Tat mehrere Strafgesetze anwendbar oder ist durch die Tat dasselbe Strafgesetz mehrfach verletzt oder hat jemand mehrere selbständige Taten" begangen, die gleichzeitig abgeurteilt werden, so ist nur auf eine Strafe zu erkennen".

der Verletzte die Tat nicht wollte und der Täter diesen seiner Tat entgegenstehenden Willen kannte oder doch kennen musste. Zur Einwilligung genügt also im Gegensatz zu § 264 die blosse **Willensrichtung.** Wir haben bereits oben unter § 2 I c 1 dargelegt, dass dieser klaren Unterscheidung der Begründung massgebende Bedeutung beizulegen ist. Der Entwurf macht den Unterschied zwischen den Delikten „wider den Willen" und denen „mit Einwilligung" des Verletzten und die Begründung legt den Unterschied in so ausführlicher Weise dar, dass ihr zu folgen ist[1]). Hierdurch wird bei den Delikten gegen die Willensfreiheit der Begriff und die Form der Einwilligung anders als in § 264 festgelegt. Es genügt die blosse Willensrichtuug zur Erteilung einer Einwilligung. Eine ausdrückliche Erklärung oder konkludentes Handeln ist nicht erforderlich.

c) Ein anderer Unterschied gegenüber den oben festgestellten Erfordernissen der Einwilligung in § 264 ergibt sich bei der Frage der **Stellvertretung.**

In diesen Fällen der zu Heilzwecken vorgenommenen Heilbehandlungen gelangen wir gerade zu entgegengesetztem Ergebnis wie in § 264. Unabweisbare praktische Bedürfnisse fordern hier eine Erweiterung des Gebietes der Einwilligung. Es handelt sich um Eingriffe und Behandlungen im Interesse und zum Wohle des Vertretenen. Es würde der allseitigen Interessenlage widersprechen, eine analoge Anwendung der Stellvertretungsvorschriften des B. G. B. zu verneinen.

Bereits im geltenden Recht ist diese Meinung vorherrschend. Wachtel, S. 34, leugnet zwar bei Eingriffen in die Körperintegrität ein Einwilligungsrecht des gesetzlichen Vertreters mit dem Hinweis darauf, dass es sich hier um ein allerpersönlichstes Recht handele, ein Einwilligungsrecht eines Dritten daher nicht entstehen könne. Ausserdem hänge die Entscheidung über die Vornahme einer Behandlung von Gefühlen ab, die ein Dritter nicht würdigen könne, und es sei keine Gewähr gegen Missbrauch gegeben. Wachtel gelangt damit zu einem Ergebnis, das keineswegs der Interessenlage und nicht im mindesten dem praktischen Bedürfnis entspricht. Die ganz überwiegende Meinung lehnt daher auch diese Ansicht ab.

Die Rechtsgeschäftstheorie Zitelmanns[2]) muss auf Grund der Fassung der Einwilligung als ein auf den Ausschluss der Rechtswidrigkeit gerichtetes Rechtsgeschäft und Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften hierauf zu einem rechtswirksamen Vertretungsrecht des gesesetzlichen Vertreters innerhalb der Grenzen des Fürsorgerechts (§§ 1627, 1630, 1793 ff., 1896 ff. B. G. B.) gelangen. Zu dieser Theorie wurde bereits oben in § 2 I b 2 Stellung genommen; es sei daher darauf verwiesen.

[1]) Vgl. auch Ebermayer, Arzt und Patient S. 144.
[2]) Zitelmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 99, S. 1 ff; vgl. auch Kiel, Goltd. Arch Bd. 54, S. 387 Mansfeld L. Z. Bd. IX, S. 334 ff.

Klee[1]) fasst die Einwilligung als Willenserklärung auf, und da jede Willenserklärung Substitution des Willens zulasse, so müsse auch hier die Möglichkeit einer rechtswirksamen Stellvertretung in der Form der gesetzlichen Stellvertretung gegeben sein. Damit wird aber der Unterschied zwischen der Einwilligung als Rechtsgeschäft und der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund verkannt. Nur auf erstere sind die bürgerlich rechtlichen Vorschriften anwendbar.

Honig[2]) wiederum stellt auf das praktische Bedürfnis ab, während Gerland, von Bar, Meyer-Allfeld[3]) zwar die gesetzliche Stellvertretung innerhalb der Grenzen des Fürsorgerechts zulassen, eine Begründung hierfür aber nicht angeben.

Der Entwurf dagegen stellt es hinsichtlich der Wirksamkeit der Einwilligung darauf ab, ob die Tat nicht trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstösst. Er macht daher auch die Möglichkeit einer Stellvertretung von der Beantwortung dieser Frage abhängig. Damit folgt der Entwurf der Ansicht Mezgers[4]), dass es auf die allseitige Interessenlage und das praktische Bedürfnis ankäme.

Der Unzurechnungsfähige und je nach der Sachlage auch der zurechnungsfähige Minderjährige besitzen nicht die genügende Beurteilungsfähigkeit ihrer Krankheit, sie wissen nicht, was ihnen nützt oder schadet. Es ist daher in ihrem wahren Interesse, ihrer Einwilligung keine massgebende Bedeutung beizumessen.

Auch die Allgemeinheit, der Staat haben ein grosses Interesse daran, die Unzurechnungsfähigen vor Einwilligungen in leichtsinnige Eingriffe oder in Behandlungen seitens Kurpfuscher zu bewahren. Es entspricht daher der allseitigen Interessenlage, die Wirksamkeit der Einwilligung von der Erteilung der Einwilligung eines Dritten, nämlich des gesetzlichen Vertreters, abhängig zu machen. Nur durch seine Einwilligung kann der Handlung der Charakter eines Verstosses gegen die guten Sitten genommen werden.[5])

Hierbei sind zwei Fragen zu unterscheiden: Kann eine rechtswirksame Einwilligung nur von dem gesetzlichen Vertreter zusammen mit dem Unzurechnungsfähigen oder je nach der Sachlage mit dem zurechnungsfähigen Minderjährigen erteilt werden, oder kann der gesetzliche Vertreter auch allein rechtswirksam einwilligen.

Zur Erteilung einer rechtswirksamen Einwilligung wird grundsätzlich ein Zusammenwirken des gesetzlichen Vertreters und des Vertretenen gefordert werden müssen. Jedoch ergeben sich gerade bei der Heilbehandlung zahlreiche Ausnahmen: In vielen Fällen

[1]) Klee, Goltdammers Arch. Bd. 48, S. 344.
[2]) Honig S. 169.
[3]) Gerland, V. D. A. Bd. II. S. 505; v. Bar, G. S. Bd. 60, S. 102 f.; Meyer Allfeld Lehrb. n. 50.
[4]) Mezger G. S. Bd. 89, S. 270 ff, 286 n. I.; vgl. auch Sauer Grundlagen des Strafrechts S. 336.
[5]) Vergl. Begründung S. 139, Traeger G. S. Bd, 94 S. 153.

wird hier sogar die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters allein wirksam sein, trotzdem der Unzurechnungsfähige und je nach den Umständen der zurechnungsfähige Minderjährige nicht eingewilligt haben. In welchen Fällen nun der gesetzliche Vertreter an die Einwilligung des Vertretenen gebunden ist, und in welchen Fällen er davon befreit ist, kann im voraus nicht bestimmt werden. Dies richtet sich völlig nach der Interessenlage des Einzelfalles. Die Sachlage, die Art der Behandlung, der mit ihr verfolgte Zweck, die Rechtfertigung des Zweckes gerade durch diese Behandlung und der Grad der Krankheit sind hierbei von ausschlaggebender Bedeutung und entscheiden darüber, ob die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters allein in die Heilbehandlung des Vertretenen der Tat den Charakter eines Verstosses gegen die guten Sitten nimmt oder nicht. Unter Umständen wird sogar die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gegen den ausgesprochenen Willen des Vertretenen wirksam sein. Das wichtigste Beispiel hierfür ist die Anstaltsbehandlung Geisteskranker. Eine solche Regelung erfordert in diesem Falle die allseitige Interessenlage und unabweisbare praktische Bedürfnisse. Es kommt also immer auf die jeweilige Lage gerade des vorliegenden Falles an; je nach der Bedeutung der sich gegenüberstehenden Interessen wird eine Heilbehandlung auch gegen den Willen des Vertretenen möglich sein und damit nicht gegen die guten Sitten verstossen. In jedem Fall aber eine Einwilligung auch gegen den Willen des Vertretenen zuzulassen, würde keineswegs einem praktischen Bedürfnis entsprechen und sehr leicht zu Missbrauch führen.

d) Eine Behandlung ohne Einwilligung ist dann straflos, wenn der Behandelnde oder der Arzt nach den Umständen ausserstande war, die Einwiligung des Behandelten oder seines gesetzlichen Vertreters rechtzeitig einzuholen, ohne das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich zu gefährden. Hierdurch sind die an Bewusstlosen vorgenommenen Eingriffe gedeckt, sowie alle die Fälle, in denen sich im Verlaufe der Operation die Erforderlichkeit eines weiteren Eingriffes ergibt, die Einwilligung infolge der Narkose aber nicht eingeholt werden kann. In solchen Not- und Eilfällen muss der Behandelnde oder der Arzt sich über den vermuteten Widerspruch des Behandelten schon im Interesse des Kranken hinwegsetzen können und darf nicht durch rechtliche Bedenken an der Vornahme der Operation gehindert werden.

Allerdings muss eine ernste Gefahr für Leben oder Gesundheit vorliegen. Nimmt der Arzt bei einer Unterleibsoperation gleichzeitig ohne sachliche Indikation eine Sterilisierung vor, so ist er bei fehlender Einwilligung nicht gedeckt.

§ 281 ist Antragsdelikt. Der Wille des Patienten entscheidet, ob die Tat verfolgt wird oder nicht. Damit wird die grosse Mehrzahl einer eigenmächtigen Heilbehandlung der Strafbarkeit entzogen. Nur in den seltensten Fällen wird bei einer mit Heilerfolg verbundenen Behandlung das Verlangen auf Bestrafung gestellt werden.

Und dann kann in besonders leichten Fällen d. h. wenn die Schuld des Behandelnden so gering und die Folgen der Tat so unbedeutend sind, dass kein Bedürfnis für die Bestrafung besteht (vgl. § 76), das Gericht von Strafe absehen.

Damit wird der Behandelnde bei der zu Heilzwecken vorgenommenen Heilbehandlung möglichst frei und sicher gestellt. Er soll nicht durch rechtliche Bedenken zum Schaden des Patienten in seiner Handlungsfreiheit beeinträchtigt werden.

II. Eine Konkurrenz (vgl. § 65) zwischen Nötigung und eigenmächtiger Heilbehandlung ist abzulehnen. § 281 erscheint gegenüber § 279 ats lex specialis. § 279 fordert eine Nötigung zu irgend einer Handlung, Duldung oder Unterlassung, während § 281 den Tatbestand weit enger fasst. Nur auf die mit Heilzweck vorgenommene Behandlung wird hier abgestellt. Zudem sind beides Delikte gegen die persönliche Freiheit, und es wäre widersinnig, wegen Verletzung der Willensfreiheit eine doppelte Bestrafung eintreten zu lassen.

II. Hauptteil.

Der Eingriff in das keimende Leben.

§ 4. Die Abtreibung aus medizinischer Indikation durch approbierte Aerzte.

I. Der Entwurf von 1927 hat in § 254 eine wichtige und für die Heilbehandlung sehr bedeutsame Regelung der Abtreibung getroffen. Bereits im Entwurf von 1919 finden wir in § 288 eine ähnliche Bestimmung.

§ 254 lautet: „Eine Abtreibung im Sinne dieses Gesetzes liegt nicht vor, wenn ein approbierter Arzt eine Schwangerschaft unterbricht, weil es nach den Regeln der ärztlichen Kunst zur Abwendung einer auf andere Weise nicht abwendbaren ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Mutter erforderlich ist.

Eine Tötung im Sinne dieses Gesetzes liegt nicht vor, wenn ein approbierter Arzt aus dem gleichen Grunde ein in der Geburt begriffenes Kind tötet".

Zunächst ist es erforderlich, den **Begriff der Abtreibung** festzustellen. Festgelegt wird er in § 253, Abs. I. des Entwurfes: „Eine Frau, die ihre Frucht im Mutterleib oder durch Abtreibung tötet oder die Tötung durch einen anderen zulässt, wird mit Gefängnis bestraft".

Abtreibung ist danach die vorsätzliche Tötung einer lebenden Leibesfrucht. Mit Beginn der zur Abstössung führenden Wehen wird die Frucht zum Menschen im Sinne der §§ 245, 246, (vgl. § 254 II) [1]. Die Abtreibung setzt sich demnach aus zwei ver-

1) Vgl. Olshausen Bd. II, § 128 n. 21 b,; Ebermayer § 218 n. 2: v. Liszt' Lehrbuch 1927, § 80 I., Frank Lehrbuch 16. Abschn. I; a. M. Binding Lehrbuch 1 S. 37, v. Liszt in den früheren Auflagen, Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht 1922 S. 356.

schiedenen Tatbeständen zusammen, einmal der Tötung der Frucht durch vorzeitiges Abstossen aus dem Mutterleib — hierunter fällt vor allem der medizinische, sogen. künstliche Abort — und andermal die Tötung der Frucht im Mutterleibe selber. Hier tritt der Tod nicht erst durch die Abstossung, sondern bereits vorher ein[1])

II. Im einzelnen ergibt sich aus § 254 folgendes:

a) Es muss sich um eine Unterbrechung der Schwangerschaft handeln. Darunter ist jede Handlung zur Tötung der Frucht im Mutterleibe selber oder durch Ausstossung aus dem Mutterleibe zu verstehen.

b) Die Zulässigkeit einer solchen Handlung ist nur bei einer ernsten, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren zu bejahen.

Gefahr bedeutet die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts[2]). Bei der Unterbrechung der Schwangerschaft ergibt sich insofern eine Modifizierung, „als das Mass der mit einer Schwangerschaft und Entbindung verbundenen Gefahren, das je für die Konstitution der einzelnen Frauenpersonen als das natürliche und gewöhnliche zu betrachten ist, in einer nicht unerheblichen Weise überschritten sein muss“[3])

Nicht schon jede Gefahr berechtigt den approbierten Arzt zur Unterbrechung der Schwangerschaft. Dies ergibt sich aus dem besonderen Schutz, den das Leben der Leibesfrucht geniesst. Aus § 253 ist zu schliessen, dass die Schwangere die normalen Gefahren der Schwangerschaft zu dulden hat[4])

Der Entwurf spricht von einer **ernsten, nicht anders abwendbaren** Gefahr. Sie muss also einmal mit einer gewissen nahen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein, und andermal darf ein solcher Eingriff nur vorgenommen werden, wenn gewisse ungünstige Körperbeschaffenheiten der Schwangeren, die bei der Entbindung eine Schädigung der Schwangeren an Leben oder Gesundheit erwarten lassen, nicht mehr durch andere geeignete und zumutbare Behandlungen oder Eingriffe ihrer gefahrbringenden Eigenschaft entkleidet werden können.

Das Vorliegen dieser Voraussetzung ist an Hand der

[1]) Ebermayer, § 218 n. 1, 2;, Frank, § 218 II; Olshausen § 218 n. 2, 3.

[2]) Vgl. J. W. 1926 S. 1989 und von Liszt § 28 III, nach dem „Gefahr“ der Zustand ist, in dem die nahe Möglichkeit (Wahrscheinlichkeit) gegeben ist, dass der Eintritt der Verletzung erfolgen werde; vgl. auch Ebermayer, Kommentar § 52 n. 3 a, Mezger, vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 37. Gegen eine objektive Auslegung dieser Begriffsbestimmung von Buri G. S. Bd. 40 S. 503, Bd. 44 S. 321 und Finger „der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht“ Die Begründung S. 23 Entw. 1927 definiert die Gefahr als die „nahe“ Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts. Diese Begrenzung ist aber zu eng und entspricht weder dem Wortsinn noch dem praktischen Bedürfnis. Olshausen Kommentar 1912 § 52 n. 7 verwirft überhaupt, bei dieser Begriffsbestimmung von dem Gesichtspunkt der Wahrscheinlichkeit auszugehen.

[3]) R. G. St. Bd. 36, S. 338 f.; Mezger S. 286 n. 1.

[4]) Mezger, S. 286 n. 1.

objektiven Regeln der ärztlichen Wissenschaft zu prüfen. Eine blosse Erschwerung der Niederkunft genügt nicht[1]) Doch dürfen die in Frage stehenden Eingriffe nicht eine grössere Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren bedeuten als die Schwangerschaftsunterbrechung selber, denn der Zweck dieser Bestimmung ist doch gerade der möglichste Schutz des Lebens oder Gesundheit der Schwangeren. Daher schließt die Möglichkeit der Vornahme des Kaiserschnitts, Schamfugenschnitts und anderer beckenerweiternder Operationen zur Rettung des Lebens der Schwangeren und des Kindes die Berufung auf § 254 nicht aus, da diese Operationen nach dem augenblicklichen Stande der ärztlichen Wissenschaft gefährlicher für Leben oder Gesundheit der Schwangeren sind als die Unterbrechung der Schwangerschaft[2]). Trotz der Möglichkeit dieser Operationen ist die Gefahr im Sinne des Gesetzes nicht auf andere Weise abwendbar. Bei gleichgefährlichen Eingriffen hat der approbierte Arzt die Wahl zwischen beiden.

c) Aber immer muss die Gesundheit und das Leben der Schwangeren gefährdet sein. Der Kräftezustand oder die Organe der Frau müssen den Anforderungen, welche die Schwangerschaft, die Geburt und das Wochenbett an sie stellen, nicht gewachsen sein.

Dabei ist gleich, ob diese Gefahr auf einer von der Schwangerschaft unabhängigen Erkrankung der mütterlichen Organe, oder ob sie durch die Schwangerschaft selbst erst entstanden ist, wie z. B. die Extrauterinschwangerschaft. Gleich ist es auch, ob erst durch den weiteren Verlauf der Schwangerschaft der Eintritt einer ernsten Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren zu befürchten ist, wie bei allen Graviditätspsychosen, Knochen- und Lungentuberkulose, chronischen Nierenleiden, schweren Herzkrankheiten, bösartigen Blutkrankheiten, Syphilis, unstillbaren Erbrechen und Gebärunmöglichkeit wegen absolut zu engen Beckens[3]).

d) Die Unterbrechung der Schwangerschaft muss nach den Regeln der ärztlichen Kunst zur Abwendung obiger Gefahren erforderlich sein. Der Eingriff muss also nach den objektiven Regeln der ärztlichen Wissenschaft angezeigt und kunstgemäss ausgeführt werden. Damit wird nur das rein Technische berücksichtigt, nicht aber auf die ärztliche Ethik oder die Gewissenhaftigkeit der Aerzte (§ 263) Bezug genommen.

e) Die Unterbrechung der Schwangerschaft darf nur der approbierte, d. h. der auf Grund eines Befähigungsnachweises (vgl. § 29 Gew. O.) zur Titelführung berechtigte Arzt vornehmen. Der Befähigungsnachweis bestimmt sich nach der ärztlichen Prüfungsordnung; im wesentlichen ist danach die Ablegung der

[1]) R. G. St. Bd. 36, S. 338 ff.
[2]) So Hirsch, Die Fruchtabtreibung, „Stuttgart 1921, Seite 57 f. und derselbe in „Fruchtabtreibung und Präventivverkehr", Würzburg 1914, Seite 159 f.
[3]) Vgl. Hirsch, S. 154 ff.

Staatsprüfung und Absolvierung eines praktischen Jahres erforderlich.

Hierdurch werden alle Laien, insbesondere die Heilkundigen, von der ärztlich gebotenen Schwangerschaftsunterbrechung ausgeschlossen. Eine ähnliche Bestimmung finden wir bereits in den §§ 2, 7 des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten v. 18. Febr. 1927.

f) Straflos ist auch die Perforation, d. h. die zerstückelnde Entbindungsoperation des lebensfähigen Kindes, wenn sie durch einen approbierten Arzt zur Abwendung einer auf andere Weise nicht abwendbaren ernsten Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren vorgenommen wird (§ 254, II)

III. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist die Tatbestandsmässigkeit der Abtreibung ausgeschlossen. Die unter § 1 III aufgezählten Gründe gelten auch hier; es sei daher darauf verwiesen.

IV. Neben diesem ärztlichen Eingriffsrecht nach § 254 gelten die allgemeinen Notstandsbestimmungen des § 25. Danach kann sich auch der approbierte Arzt bei einer Schwangerschaftsunterbrechung oder Perforation auf Notstand berufen. Ueber die näheren Voraussetzungen vgl. § 5.

V. Gemäss dem Wortlaut des § 254 ist die Straflosigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung nicht von einer Einwilligung der Schwangeren abhängig. Doch tritt in diesem Falle eine Bestrafung aus § 281 Abs. II wegen Verstosses gegen die Willensfreiheit ein. Das Recht der Schwangeren, selbst darüber zu bestimmen, ob ein Eingriff an ihr vorgenommen werden soll, muss sichergestellt werden. Eine Einwilligung ist also nur insoweit erforderlich, als sich der Eingriff als eine Verletzung der Körperintegrität der Schwangeren darstellt.

§ 281 II lautet: „Ebenso (d. h. mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe, vgl. Abs. 1) wird ein approbierter Arzt bestraft, der gegen den Willen einer Schwangeren eine ärztlich gebotene Unterbrechung der Schwangerschaft oder Tötung eines in der Geburt begriffenen Kindes (§ 254) vornimmt. Der Versuch ist strafbar.

Die Vorschriften des Abs. (I) II finden keine Anwendung, wenn (der Behandelnde oder) der Arzt nach den Umständen ausserstande war, die Einwilligung (des Behandelten oder) der Schwangeren rechtzeitig einzuholen, ohne ihr Leben oder ihre Gesundheit ernstlich zu gefährden.

Die Tat wird nur auf Verlangen (des Behandelten oder) der Schwangeren verfolgt.

In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen".

§ 281 ist unter § 3 eingehend erläutert. Das dort Gesagte gilt auch für die Frage der Schwangerschaftsunterbrechung; es sei daher darauf verwiesen.

§ 5. Die Abtreibung aus medizinischer Indikation durch andere Personen.

I. Nehmen andere Personen als approbierte Aerzte eine Unter-

brechung der Schwangerschaft oder eine Tötung eines in der Geburt begriffenen Kindes vor, so können sie sich nicht auf die Regelung des § 254 berufen, sondern machen sich tatbestandsmässig der Abtreibung (§ 263) bezw. der Tötung (§§ 245, 246) schuldig.

II. Wohl aber ist ein Ausschluss der Strafbarkeit möglich.

1. Er kann auf Grund von § 25 (Nothilfe) eintreten

§ 25 lautet: „Im Notstand handelt, wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn ihm oder dem Gefährdeten unter pflichtmässiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen nicht zuzumuten ist, den drohenden Schaden zu dulden.

Ist der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung zu erwartenden Schaden unverhältnismässig gross, so handelt der Täter nicht rechtswidrig; andernfalls handelt er zwar rechtswidrig, ist aber straffrei.

Einwirkung auf Leib oder Leben sind nur zum Schutze von Leib oder Leben zulässig.

§ 24 Abs. 3 gilt entsprechend".

a) § 25 spricht von einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr. Der Begriff der nicht anders abwendbaren Gefahr ist bereits oben, § 4 II b, erläutert. Neu ist aber das Merkmal der Gegenwärtigkeit. Nach Olshausen[1]) ist eine Gefahr dann gegenwärtig, wenn mit dem unmittelbaren Eintritt des schädigenden Ereignisses zu rechnen ist.[2])

Zu Unrecht beruft sich aber Olshausen auf R. G. St. Bd. 60 S. 39 f. Hier wird nur von der Gefahr, nicht aber von dem schädigenden Ereignis gesprochen. Mit der von Olshausen gegebenen Begriffsbestimmung wird das Merkmal der gegenwärtigen Gefahr dem Eintritt des schädigenden Ereignisses zu sehr angenähert, beinahe gleichgesetzt. Eine solche Auslegung ist aber zu eng und führt zu einem keineswegs dem praktischen Bedürfnis entsprechenden Ergebnis[3]). Soll etwa ein Eingriff nicht vorgenommen werden dürfen, wenn bei Unterlassung des Eingriffs unausbleiblich, zwar nicht jetzt, aber nach längerer Zeit, der Tod eintritt?

Auch der Wortlaut des § 25 spricht gegen eine solche Auslegung dieses Begriffes. § 25 stellt auf die gegenwärtige „Gefahr" eines erheblichen Schadens, nicht aber auf die Gefahr des gegenwärtigen „Eintritts" eines erheblichen Schadens ab.

Eine Gefahr ist vielmehr bereits dann gegenwärtig, wenn sie erfahrungsgemäss bei natürlicher Weiterentwicklung der Dinge mit Wahrscheinlichkeit den Eintritt der Schädigung als sicher

[1]) Komment. § 54 n. 4.

[2]) So auch R. G. St. Bd. 59 S. 70 f.

[3]) Dagegen auch Denkschrift zu Entw. 1919 S. 231; Köhler S. 10; Ebermayer Komment. § 218 n. 4; R. G. St. Bd. 36 S. 339.

bevorstehend erscheinen lässt, wenn nichts dagegen getan wird[1])

Danach kann unter Umständen bereits durch das blosse Bestehen einer Schwangerschaft eine gegenwärtige Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der Schwangeren vorliegen, wenn auch erst der Eintritt des Todes oder der Gesundheitsbeschädigung und damit die Verwirklichung der bis dahin fortdauernd drohenden Gefahr durch die nach Monaten bevorstehende Geburt zu erwarten ist[2]).

b) In den Fällen einer Schwangerschaftsunterbrechung zum Schutze von Leib oder Leben handelt es sich immer um die Gefahr eines erheblichen Schadens. Allerdings muss eine schwerere Gesundheitsbeschädigung in Frage stehen. Nicht jede leichte Beschädigung der Gesundheit begründet den Notstand[3]).

c) Die Duldung des Schadens darf dem Gefährdeten unter pflichtmässiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen nicht zuzumuten sein.

Der Begriff der **„pflichtmässigen Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen"** entspricht dem Gesichtspunkt der Güterabwägung. Die für die Erhaltung des Lebens der **Leibesfrucht** sprechenden Interessen der Allgemeinheit, des Staates sind gegen die Interessen der Familie, der Allgemeinheit, des Staates an der Erhaltung, des Lebens oder der Gesundheit der **Schwangeren** mit aller erdenklichen Sorgfalt abzuwägen. Die Gründe, die für und dagegen sprechen, sind, wie der Entwurf, sagt, pflichtgemäss d. h. objektiv nach der Sachlage zu berücksichtigen. Für eine subjektive Orientierung dieses Begriffes ist in diesem Zusammenhang kein Raum. Die Bedeutung der Interessen und ihre Bewertung ergibt sich aus dem objektiven Recht und seinem ganzen Zusammenhang, sie ist also rein objektiver Natur. Nur eine solche Auslegung kann auch sachlich befriedigen und den Anforderungen genügen.

Ausserdem handelt es sich bei der Abtreibung aus medizinischer Indikation, wie weiter unter dargelegt werden wird, um einen Unrechtsausschliessungsgrund. Die Grenze von Recht und Unrecht bestimmt sich aber lediglich nach objektiven Gesichtspunkten. Subjektive Elemente haben hier, besonders zwecks Vermeidung einer methodisch unzulässigen Verquickung von Schuld und Unrecht auszuscheiden[4]).

Auf Grund dieser pflichtmässigen Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen kann erst beurteilt werden, ob dem Gefährdeten oder dem Handelnden die Duldung des Schadens **zuzumuten** ist.

Auch der Begriff der Zumutbarkeit ist objektiv zu fassen. Es wird nicht auf die Anschauungen gerade des Handelnden oder des Gefährdeten Bezug genommen; das würde zu Ungleich-

[1]) So Ebermayer Komment. § 54 n. 36; R. G. St. Bd. 56 S. 334; vgl. auch R. G. St. Bd. 36 S. 339.

[2]) L. Z. Bd. 9. S. 370; 10 S. 403; R. G. St. Bd. 36 S. 338 ff; J. W. 1899 S. 788; 1927 S. 2022 ff; Das Recht Jg. 27 Nr. 948.

[3]) vergl. auch Köhler S. 26

[4]) vergl. zu allem Mezger G. S. Band 89 Seite 296 ff.

heiten führen und keineswegs dem praktischen Bedürfnis entsprechen: Der besonders feinfühlige Mensch darf nicht gegenüber dem weniger empfindsamen schlechter gestellt sein. Zu Grunde zu legen sind vielmehr die Verkehrsanschauungen, die Auffassung aller billig und gerecht Denkenden. Der Masstab ist also zu generalisieren; nur so wird ein gerechtes Ergebnis erzielt. Die Feststellung, ob nun dem Handelnden oder dem Gefährdeten die Duldung des Schadens zuzumuten ist, kann nur in jedem konkreten Fall getroffen werden. Hierbei sind besonders sittliche Erwägungen, also die Moralbegriffe der Allgemeinheit (vergl. § 1 II c) zu berücksichtigen.

Wie aus obigem hervorgeht, handelt es sich um „normative Elemente"; dem Richter liegt in jedem Falle die Wertung der einzelnen Interessen ob.

Betrachten wir nach diesen allgemeinen prinzipiellen Erörterungen nunmehr die hier zu erörternde Abtreibung aus medizinischer Indikation, so gelangen wir zu dem Ergebnis, dass der Schwangeren die Duldung des drohenden Schadens nicht zuzumuten ist. Bei einer Unterbrechung der Schwangerschaft zur Abwendung einer Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren überwiegen die Interessen an der Erhaltung von Leben oder Gesundheit der Schwangeren: Ihr Leben ist für die Familie, die Allgemeinheit, den Staat viel wertvoller als das der Leibesfrucht; besonders, da es sogar zweifelhaft ist, ob die Leibesfrucht den Geburtsakt überlebt oder je ein wertvolles und nützliches Mitglied der Allgemeinheit werden wird.

Diesen Gedanken des überwiegenden Interesses an der Erhaltung des Lebens und der Gesundheit der Mutter bringt der Entwurf bereits im § 254 zum Ausdruck. Nur nimmt hier der Gesetzgeber selbst die Abwägung vor und bestimmt, dass das Leben oder die Gesundheit der Schwangeren als das höherwertige Interesse zu erachten ist. Auch die verschiedenen Strafdrohungen der §§ 245 ff., sowie der §§ 260 ff. und andererseits die des § 253 sprechen dafür, dass das Leben oder die schwere Gesundheitsbeschädigung des fertigen Menschen höher zu werten ist, als der Verlust des Lebens der Leibesfrucht oder des in der Geburt begriffenen Kindes.

d) § 25 macht entgegen dem geltenden Recht das Vorliegen des Notstandes nicht von dem Erfordernis des Unverschuldetseins abhängig. Doch wird der Umstand, dass der Handelnde oder der Gefährdete die Gefahr, aus der er sich durch die Notstandshandlung retten will, selbst verschuldet hat, bei der Frage über die Zumutbarkeit mit zu berücksichtigen sein. Es darf aber nicht zu weit gegangen werden; ein Beischlaf z. B. unter Ehegatten, der trotz des Wissens der damit verbundenen Gefahren für die Schwangerschaft vollzogen ist, schliesst nicht den Notstand aus[1]).

Eine Einwilligung ist nicht erforderlich. Die Tat kann auch gegen den Willen des Gefährdeten begangen werden. In Not-

[1]) Vgl. R. G. St. Bd. 36, S. 338 ff.

tandsfällen handelt es sich um Fälle der äussersten Not. Die Einholung einer Einwilligung ist daher unter diesen Umständen meist unmöglich. Auch würde der zu Verletzende wohl in den meisten Fällen in eine Verletzung einwilligen; vor allem würde aber durch das Erfordernis einer Einwilligung die Notstandsvorschrift selber meist entbehrlich werden, da ja dann schon die Einwilligung in der Mehrzahl der Fälle die Strafbarkeit der Handlung ausschliessen würde (vgl. auch §§ 264, 281 in Verbindung mit § 254). Es wäre unter diesen Umständen überflüssig, noch ausserdem eine Notstandsregelung zu treffen. Dass aber trotzdem eine solche Vorschrift erlassen ist, beweist, dass § 25 gerade die Fälle regeln will, in denen eine Einwilligung nicht vorliegt.

e) Bei der aus medizinischer Indikation, also zur Abwendung einer ernsten Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren vorgenommenen Schwangerschaftsunterbrechung ist der Schaden, der der Schwangeren an Leben oder Gesundheit droht, gegenüber der Tötung der Frucht oder des in der Geburt begriffenen Kindes ein unverhältnismässig grosser im Sinne des § 25 Abs. 2. Hier ist also die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen. Die Interessen an der Erhaltung des Lebens der Mutter sind höherwertiger als die an der Erhaltung der Leibesfrucht oder des in der Geburt begriffenen Kindes. Die Mutter soll der Familie, den Kindern, der Allgemeinheit, dem Staate erhalten bleiben. Sie ist der Halt der Familie, sie leistet der Allgemeinheit durch Erfüllung ihrer öffentlichen Pflichten und Rechte wertvolle Dienste. Auch der Staat hat zwecks Sicherung der Volksvermehrung ein grosses Interesse an ihr. Bei der Leibesfrucht oder dem in der Geburt befindlichen Kinde dagegen ist es gar nicht sicher, ob es überhaupt den Geburtsakt überlebt. Und ist dies auch der Fall, so ist das Kind augenblicklich für die Allgemeinheit, den Staat weder nützlich noch wertvoll. Der Staat und die Allgemeinheit sind lediglich an der Zukunft des Kindes interessiert, dass es später ein wertvolles Glied der Menschheit werde. Ob diese Erwartung im Einzelfalle erfüllt wird, ist aber höchst unsicher und zweifelhaft.

Demnach ist der Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung zu erwartenden Schaden unverhältnismässig gross. Der Nothelfer handelt hier nicht rechtswidrig. (Vgl. § 25, II). § 25 stellt daneben die Rechtsfolge der blossen Straffreiheit auf. Nach dem oben Gesagten kann aber für unser Thema dahingestellt bleiben, ob damit ein Schuldausschliessungs- oder lediglich ein persönlicher Strafausschliessungsgrund gemeint ist[1]).

f) § 25 gewinnt grosse Bedeutung für das Kurpfuschertum. Nach geltendem Recht machen sich zwar die Kurpfuscher auch tatbestandsmässig der Abtreiburg schuldig, aber ein Berufen auf Notstand ist ihnen, abgesehen von dem auch vom R. G. anerkann-

[1]) Für Schuldausschliessungsgrund Kohlrausch in Ref. d. Strafr. S. 19; Köhler S. 18 ff.; Trager G. S. Bd. 92. S. 311 ff. 322 ff.; a. M. Heimberger, in Reform d. Strafr. S. 81.

ten „Prinzip des überwiegenden Interesses", nur in den seltensten Fällen möglich, da § 54 St. G. B. die Nothilfe nur auf Angehörige beschränkt. Dieses Erfordernis ist im Entwurf fallen gelassen. Dadurch wird die Stellung des Kurpfuschertums bedeutend verbessert. Allerdings wird doch eine gewisse Grenze dadurch gezogen, dass bei den Erfordernissen der Gegenwärtigkeit und der nicht auf andere Weise Abwendbarkeit eine Prüfung nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft verlangt wird. Dadurch wird einem grossen Teil der Kurpfuscher es unmöglich gemacht, sich auf § 25 zu berufen. (Vgl. die Ausführungen unter § 1, III.)

Gegenüber einer Schwangerschaftsunterbrechung oder Perforation, die von approbierten Aerzten gemäss § 254 vorgenommmen wird (sie können sich aber, wie bereits dargelegt, auch auf Notstand berufen), ist die Stellung des Kurpfuschers insoweit schlechter, als § 25 die Erfordernisse der „Gegenwärtigkeit" und der „Zumutbarkeit unter pflichtmässiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen" aufstellt. Damit wird eine Abtreibung in Notsandsfällen eng begrenzt.

2. Die Rechtfertigung einer Unterbrechung der Schwangerschaft durch Nichtmediziner lässt sich auch auf einen neben dem Notstand bestehenden allgemeinen Rechtfertigungsgrund gründen.

Die Vorschrift des § 25 steht dem nicht entgegen. Sie schliesst nicht aus, dass für bestimmte Handlungen daneben auf Grund eines ungeschriebenen Rechtssatzes ein allgemeiner Rechtfertigungsgrund besteht. Die Rechtsfertigungsgründe sind nicht allein dem Strafrecht, sondern dem Ganzen der Rechtsordnung zu entnehmen. Darauf weist auch § 23 Entwurf 27 hin [1]). Also auch eine gewohnheitsrechtliche Bildung von Rechtfertigungsgründen wird in § 23 anerkannt. Dementsprechend kann sich ein ungeschriebener Rechtfertigungsgrund neben einem ausdrücklichen bilden, der ihm ganz oder doch in wesentlichen Punkten gleicht [2]).

a) Nach der Zwecktheorie sind Eingriffe in rechtlich geschützte Interessen, die sich als angemessenes Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes darstellen, nicht rechtswidrig [3]). Die Begriffe „angemessen" und „staatlich anerkannt" lassen eine scharfe Grenzziehung vermissen und führen daher zu Unsicherheiten und nicht absehbaren Folgen.

b) Die Unterbrechung der Schwangerschaft aus medizinischer Indikation lässt sich aber nach dem „Prinzip des überwiegenden Interesses", also nach dem Grundsatz der Güterabwägung rechtfertigen [4]). „Jede Handlung ist Recht, die ein vom Recht geringer bewertetes Interesse der Erhaltung eines höher bewerteten Interesses opfert" [5]).

---

[1]) „Eine strafbare Handlung liegt nicht vor, wenn das öffentl. oder bürgerl. Recht die Rechtswidrigkeit der Tat ausschliesst".
[2]) J. W. 1927 S. 2024, R. G. St. 59, S. 406 f.
[3]) Vgl. v. Liszt § 35 III
[4]) Mezger, S. 248 f., 270, 296 ff., 313 f.; vgl. auch die grundlegende Entscheidung des R. G. in J. W. 1927, S. 2021 ff.
[5]) Mezger S. 313.

So sind typische Fälle des „Prinzips des überwiegenden Interesses“ im geltenden Recht die §§ 228, 904 B. G. B.; aber auch § 229 B. G. B. ist hierher zu rechnen. In allen diesen Fällen wird ausdrücklich durch das Gesetz die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen.

Diesen Gedanken finden wir aber auch im Entwurf in den §§ 25, 225 III, 254 ausgedrückt

Die Rechtsprechung erkennt ebenfalls diesen Grundsatz im weitesten Umfange an. Schon lange hat das Reichsgericht[1]) im Anschluss an § 300 St. G. B. (Verletzung des Berufsgeheimnisses) entschieden, dass bei einer Kollision der bedeutungsvolleren sittlichen mit der weniger bedeutungsvollen ausdrücklichen Rechtspflicht erstere als überwiegende vorgeht. Dies stellt ausdrücklich § 10, III des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Febr. 1927 fest. Aber auch in anderen Entscheidungen[2]) hat das Reichsgericht festgestellt, dass die geringere Pflicht der höheren zu weichen hat, und dass die Nichterfüllung der ersteren nicht rechtswidrig ist. Den gleichen Standpunkt vertritt das Reichsgericht in Band 37, S. 151 bezüglich des Gutsnotstandes.

Dem schliesst sich die Theorie überwiegend an[3]). Das „Prinzip des überwiegenden Interesses“ ist demnach als allgemein anerkannter und gültiger Rechtfertigungsgrund anzusehen.

Bei der Unterbrechung der Schwangerschaft aus medizinischer Indikation handelt es sich um einen Anwendungsfall des „überwiegenden Interesses“. Wie wir bereits oben unter § 5 II c und e sahen, sind die Interessen an der Erhaltung von Leben oder Gesundheit der Mutter als die sozial höherwertigen zu werten. Im einzelnen ergibt sich folgendes: Dieser Rechtfertigungsgrund kann nur auf Grund einer besonderen Pflicht oder eines besonderen Notrechtes, (so bei der Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation!) entstehen[4]).

Ob dies zutrifft, ist objektiv je nach Lage des einzelnen Falles, d. h. nach tatsächlichen, sachlischen und ethischen Gesichtspunkten, zu beurteilen.

Danach ist eine Unterbrechung der Schwangerschaft dann nicht rechtswidrig, wenn es sich um die Abwendung einer gegenwärtigen, nicht anders zu beseitigenden Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren handelt.[5]).

1. Auf das Erfordernis der gegenwärtigen nicht anders abwendbaren Gefahr ist bereits oben unter § 4 II b, § 5 II a näher eingegangen. Die Gefahr kann hier nur in einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der Schwangeren bestehen.

2 Der Rechtfertigungsgrund des „überwiegenden Interesses“

[1]) R. G. St. Bd. 53, S. 316 f.
[2]) Vgl. R. G. St. Bd. 20, S. 191 f.; 36 S. 81 ff.; 56 S. 170 f.; 59, S. 406 f.; 60 S. 296; J. W. 1927 S. 2021 ff.
[3]) Vgl. Mezger S. 296 ff.; Sauer S. 275 ff.; 375 ff; 394 ff.; Beling, Grundzüge S. 37 II; v. Calker, Frauenheilkunde S. 14, 16 u. a.
[4]) Vgl. Mezger S. 296 f.
[5]) Vgl. auch J. W. 1927, S. 2022 ff. (R. G. St. Bd. 61 S. 242).

ist nicht von dem Vorliegen einer Einwilligung abhängig. Der Entwurf macht in den §§ 25, 263, 254 die Rechtmässigkeit einer Handlung nicht von dem Vorhandensein einer Einwilligung abhängig; ja, der Eingriff kann sogar gegen den ausdrücklichen Willen des Behandelten geschehen, ohne tatbestandsmässig als Körperverletzung oder Abtreibung zu gelten. Lediglich in § 281 wird bestimmt, dass solche Fälle dann als Delikte gegen die Willensfreiheit bestraft werden.

Dies muss sich auf unseren Rechtfertigungsgrund auswirken. Demgemäss ist, nachdem der Entwurf diese Regelung getroffen hat, auch bei diesem dem ungesetzten Rechte angehörenden Rechtfertigungsgrund „des überwiegenden Interesses" von einer Einwilligung abzusehen. Die Einwendungen, die nach geltendem Recht dagegen geltend gemacht werden,[1]) lassen sich gegenüber der Regelung des Entwurfes nicht mehr halten.

Die Notlage braucht — anders als in § 54 St G. B. — nicht unverschuldet zu sein. Dafür spricht, dass beim Rechtfertigungsgrund der Notwehr (§ 227 B. G. B., § 53 St. G. B.) und in den Fällen des überwiegenden Interesses der §§ 228, 229, 904 B.G. B. dieses Merkmal ebenfalls nicht gefordert wird.

Der tiefere Grund zu dieser Regelung liegt aber in folgendem: Es handelt sich um einen Rechtfertigungsgrund, also um die Grenzziehung zwischen Recht und Unrecht. Die Grenze von Recht und Unrecht kann aber nur nach objektiven Gesichtspunkten bestimmt werden. Demzufolge ist auch der Unrechtsausschliessungsgrund „des überwiegenden Interesses" lediglich rein objektiv zu bestimmen. Würde hier das subjektive Merkmal des Verschuldens bezw. Unverschuldens aufgestellt werden, so würde die Schuldfrage mit der Unrechtsfrage vermischt. Das ist aber zwecks reinlicher Scheidung dieser beiden Elemente zu vermeiden.

Wie es der Natur eines Rechtfertigungsgrundes entspricht, tritt keine Beschränkung auf einen bestimmten Kreis von Personen ein. Der Arzt und der Kurpfuscher können sich mit gleichem Recht darauf berufen (vgl. auch das unter § 5 II, 1 f. Gesagte).

3. Gegenüber § 25 gewinnt dieser Rechtfertigungsgrund des „überwiegenden Interesses" insofern Bedeutung als kein erheblicher Schaden gefordert wird. Massgebend ist lediglich, dass das an dem durch das Notrecht verteidigten Rechtsgute bestehende Interesse höherwertiger ist. Ob der drohende Schaden erheblich ist, ist gleichgültig. Sodann ist mit dem Prinzip des „überwiegenden Interesses" eine solche eng begrenzte Bestimmung wie § 25 III unvereinbar. Wohl wird auf Grund der Interessenabwägung in den meisten Fällen das Ergebnis dasselbe sein, doch können sich unter Umständen hiervon sehr wohl Abweichungen ergeben. Der bedeutsamste, für unser Thema allerdings nicht wichtige Unterschied, da nach dem oben Gesagten bei dem Eingriff in das keimende Leben immer die **Rechtswidrigkeit** ausgeschlossen ist, besteht in der Unterscheidung des § 25 zwischen Rechtfertigungs-

[1]) Vgl. J. W. 1927, S. 2025.

grund und Schuldausschliessungs- bezw. persönlichen Strafausschliessungsgrund (vgl. § 25 II.).

§ 6. Die Abtreibung aus ethischer Indikation.

I. Im Zusammenhang mit der oben erörterten Frage nach der Rechtmässigkeit der Abtreibung aus medizinischer Indikation stehen auch die Fälle einer Abtreibung aus ethischer Indikation, d. h. die Fälle einer Gestattung der Schwangerschaftsunterbrechung bei jeder verbrecherischen Schwängerung. Hierunter fallen die Delikte § 283 (Notzucht), § 285 (schwere Schändung), § 289 (Nötigung Abhängiger zum Beischlaf) und auch § 288 (Verführung einer 16jährigen).

Als die Russen 1915 in Ostpreussen einfielen, dort raubten, brandschatzten und deutsche Frauen und Mädchen vergewaltigten und schwängerten, und als sich dieselben traurigen Vorfälle bei der Besetzung der Rheinlande durch die französische Armee wiederholten, wurde diese Frage besonders akut. Empört über die erlittene Schmach, entehrt durch die brutale Gewalt und dauernd in Gedanken an die schrecklichste Stunde ihres Lebens mag so manche ihrem Leben ein Ende gemacht haben oder dem Wahnsinn verfallen sein. Und die anderen sahen sich gezwungen, ein Kind des Räubers ihrer Ehre, des Feindes ihres Vaterlandes zu gebären. Soll in allen diesen Fällen das Mädchen verpflichtet sein, das Kind auszutragen? Widerspricht dem nicht jedes menschliche Fühlen, jeder Sinn für Gerechtigkeit; muss hier nicht der Staat die Abtreibung gestatten, da er seiner Pflicht des Schutzes vor jedem Verbrechen nicht nachgekommen ist?

Und doch spricht der Entwurf an keiner Stelle von der Rechtmässigkeit einer Abtreibung aus ethischen Gründen, also einer Abtreibung bei verbrecherischer Schwängerung jeder Art. Unter Umständen kann zwar eine ernste, nicht anders abwendbare Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren bestehen; dann fallen diese Fälle aber bereits unter § 254 oder § 25. Sie gehören nicht zu der eigentlichen Frage der Schwangerschaftsunterbrechung aus ethischer Indikation. Hierbei interessieren uns nur die Fälle, in denen die Schwangerschaft sich in den normalen Grenzen hält und eine Abtreibung nur aus ethischen Gründen erwogen wird.

II. Danach ist der Tatbestand der Abtreibung zu bejahen.

Bovensiepen[1]) und Bacharach[2]) verneinen allerdings den Tatbestand der Abtreibung; sie knüpfen zwar ihre Betrachtungen an das geltende Recht an, doch ergibt sich hierbei gegenüber einer Betrachtung der Rechtslage nach dem Entwurf keine Verschiedenheit. Sie begründen ihre Ansicht folgendermassen: Der Aufrechterhaltung des § 218 St. G. B. lägen die Gedanken zu Grunde, dass die Kinder die naturgemässe Folge eines freiwilligen Geschlechtsverkehrs seien und eine wünschenswerte Vermehrung

[1]) Bovensiepen, D. Str. Z. Bd. 2, S. 324 ff.
[2]) Bacharach, Z. Str. W. Bd. 37, S. 459 ff.

des Volkstums bedeuteten. Alles dies fiele aber bei den Kriegskindern fort. Das bevölkerungspolitische Interesse des Staates erstrecke sich nur auf die durch die freiwillige geschlechtliche Hingabe erzeugten Kinder. Daher sei die Abtreibung gestattet.

Also eine Verwertung sittlicher, sozialer und bevölkerungspolitischer Gründe.

Diese Gründe mögen mit zur Abfassung des § 218 beigetragen haben, aber diese gesetzgeberischen Erwägungen können nicht für die Strafbarkeit ausschlaggebend sein. Sie sind lediglich beachtenswerte Gesichtspunkte de lege ferenda. Und gerade doch die bevölkerungspolitischen Interessen fordern eine Nichtgestattung der Abtreibung auch bei unfreiwilliger Schwängerung[1]).

III. Es kommt lediglich ein Ausschluss der Strafbarkeit in Betracht.

1. Bacharach[2]) versucht die Rechtswidrigkeit der Abtreibung durch Notwehr auszuschliessen. „Hat das Notzuchtsverbrechen zur Befruchtung geführt, so ist Idealkonkurrenz zwischen Notzucht und Nötigung gegeben; es liegt neben der Vergewaltigung ein durch die nämliche Tat bewirktes, der geschändeten Frau durch Gewalt aufgezwungenes Erdulden der Schwangerschaft vor".

Einmal ist Bacharachs Annahme falsch, Notzucht und Nötigung ständen in Idealkonkurrenz. Es besteht Gesetzeskonkurrenz zwischen beiden Delikten. Sodann wird durch die in der Notzucht enthaltene Nötigung nicht ein Erdulden der Schwangerschaft erzwungen. Gezwungen wird die Genotzüchtigte lediglich zum Erdulden des Beischlafes. Bacharach verwechselt hier den Zustand und die Tat.[3]) Wie Feisenberger[4]) richtig bemerkt, kann zum Dulden der Schwangerschaft nicht eher genötigt werden, als bis sie vorhanden ist. Ebensowenig, wie sich die Empfängnis durch den Beischlaf erzwingen lässt, ist das Dulden der Schwangerschaft durch den Beischlaf erzwingbar. Zudem wird es der Genotzüchtigten in vielen Fällen möglich sein, durch sofort nach dem Beischlaf angewandte Gegenmassnahmen die Empfängnis und damit die Schwangerschaft zu verhindern. Dies ist aber mit einem Nötigungszustand unvereinbar.

Ebenso kann der Schwangerschaftszustand nicht mehr als ein Angriff des Notzüchters angesehen werden; der spätere Zustand der Schwangerschaft kann sich nicht mehr als ein gegenwärtiger Angriff des Notzüchters darstellen. Die Nötigung ist kein Dauerdelikt. Und ein Eingriff in Rechte Dritter oder der Allgemeinheit ist bei einer Notwehrhandlung nicht gestattet. Vielmehr ist dies dann der typische Fall des Notstandes[5]).

[1]) Vgl. auch Feisenberger, Z. Str. W. Bd. 37, S. 590 f.
[2]) Bacharach, Z. St. W. Bd. 37,S. 462 ff.; allerdings nach geltendem Recht, doch gleichen sich § 53 St. G. B. u. § 24 Entwurf in den hier in Betracht kommenden Punkten.
[3]) Vgl. auch Olshausen, § 218, II.
[4]) Feisenberger, Z. St. W. Bd. 37, S. 591.
[5]) Feisenberger, Z. St. W. Bd. 37, S. 592.

2. Es bliebe noch zu untersuchen, ob nicht eine Abtreibung aus ethischer Indikation auf Notstand gegründet werden könnte.

Eine Notstandshandlung ist nicht nur zur Abwendung eines Vermögensschadens, sondern, wie die Begründung zu § 25 Entwurf 27 hervorhebt, auch zur Abwendung nachteiliger Folgen für Leib, Leben, Ehre und Freiheit zulässig.

In unserem Falle besteht die drohende Gefahr nicht in einem Schaden für Leib oder Leben. Zwar liegt im Augenblick der Vergewaltigung eine Gefahr für Leib oder Leben der Genotzüchtigten vor, aber mit dem Aufhören dieses Angriffes entfällt auch diese Gefahr. Ebenso ist in dem Bestehen einer jeden Schwangerschaft eine Gefahr für Leib oder Leben der Schwangeren zu erblicken, doch muss, wie oben dargelegt, diese Gefahr im Notstandsfalle erheblich über das normale Mass hinausgehen; dass aber wurde gerade bei der Betrachtung unseres Falles ausgeschlossen.

Es ist also lediglich zu prüfen, ob nicht der Ehrennotstand zu einer Lösung dieser Frage führt.

Die Ehre der Genotzüchtigten kann einmal durch den Notzüchter selbst verletzt werden; dann aber ist keine Notstandshandlung zulässig, denn höchstens die verübte Gewalttat, nicht aber mehr die späteren Folgen können als Ehrverletzung angesehen werden. Sodann könnte aber die Ehre der Schwangeren durch andere aussenstehende Dritte verletzt werden, derart, dass diese die Vergewaltigte als Dirne verdächtigen, sie als bescholtenes Mädchen bezeichnen. Die Möglichkeit einer solchen Ehrverletzung liegt jedoch sehr fern. Diejenigen, die den Vorfall kennen, werden die Genotzüchtigte mit Achtung behandeln, nicht aber sie beleidigen und verleumden. Und alle die, welche nichts von dem unglückseligen Vorgang erfahren haben, werden, besonders bei der heutigen Zeitströmung und den heute herrschenden Anschauungen, in den seltensten Fällen in dem Schwangerschaftszustande der Genotzüchtigten einen Anlass zu Beleidigungen und Verleumdungen finden.

Abgesehen davon, dass unter Umständen hier gar nicht einmal von einem Gefahrzustand gesprochen werden kann, fehlt es vor allen Dingen an dem Merkmale der Gegenwärtigkeit. Bei dieser Sachlage erscheint die Ehrverletzung erfahrungsgemäss bei natürlicher Weiterentwickelung der Dinge mit Wahrscheinlichkeit nicht als sicher bevorstehend, falls nichts dagegen getan wird. Aber noch andere Bedenken bestehen, auf die Gefahr einer fernliegenden, bloss möglichen Ehrverletzung hin, die Straflosigkeit der Abtreibung aus ethischer Indikation zu begründen.

Nach der Regelung des § 25 darf die Duldung des Schadens der Genotzüchtigten unter pflichtmässiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen nicht zuzumuten sein. Wird nun in unserem Falle die Interessenabwägung vorgenommen, also die Interessen, die gegen eine mögliche Ehrverletzung sprechen, gegen die Interessen, die sich gegen eine Unterbrechung der Schwangerschaft wenden, abgewogen, so überwiegen die

Interessen an der Nichtgestattung einer Abtreibung. Es besteht lediglich eine vielleicht sogar sehr fernliegende Möglichkeit einer Ehrverletzung der Genotzüchtigten, und auf diese Möglichkeit hin kann und darf nicht die Tötung der Leibesfrucht, die Tötung keimenden Lebens zugelassen werden: Die Allgemeinheit, der Staat haben ein Interesse an der Geburt der Leibesfrucht; denn trotz des verbrecherischen Ursprungs braucht das Kind nicht oder doch nur in geringem Masse erblich belastet zu sein, und kann später sehr wohl ein nützliches Mitglied der Menschheit werden.

Auch bevölkerungspolitisch würde eine solche Massnahme, mögen auch diese Fälle immerhin gering sein, einschneidende Folgen zeitigen. Die Gestattung einer solchen Abtreibung wäre der erste Schritt zur Untergrabung des Volksbestandes.

Aber auch auf ethischem Gebiete würden durch die Gestattung der Abtreibung unentbehrliche ethische Werte preisgegeben werden und die Achtung vor dem menschlichen Leben im Keime völlig verloren gehen.

Und wie sollte überhaupt eine pflichtgemässe Berücksichtigung der Interessen vorgenommen werden? Es fehlt hier an jeglicher Grundlage: Merkmale, die auf einen gewaltsamen Beischlaf schliessen lassen, werden sich in den seltensten Fällen feststellen lassen, und auf andere Weise ist es nicht möglich, eine verbrecherische Schwängerung einwandfrei festzustellen. Ausserdem, wer bürgt dafür, dass das Kind wirklich von dem Verbrecher und nicht etwa erst aus einem später und mit einem anderen vorgenommenen Beischlaf stammt? Und die Feststellung der Wahrheit in diesen Zweifelsfällen von einer eidesstattlichen Versicherung abhängig zn machen, ist ein viel zu bedenkliches Mittel und findet im Entwurf keinerlei Anhalt.

Der Entwurf enthält überhaupt keine Bestimmungen, welche die Abtreibung aus ethischer Indikation regelt, und ebenso erwähnt die Begründung hiervon nichts. Schon daraus ist zu schliessen, dass der Entwurf gar nicht die Straflosigkeit einer solchen Abtreibung bezweckt hat. Noch aber mehr spricht für diese Ansicht die Bestimmung des § 254. Hier wird im Gegensatz zum geltenden Recht ausdrücklich die Straflosigkeit einer Abtreibung aus medizinischer Indikation ausgesprochen. Hätte dies der Entwurf auch für die Abtreibung aus ethischer Indikation bestimmen wollen, so wäre es sicherlich ebenfalls im § 254 ausgesprochen worden.

Für die Straflosigkeit sprechen auch keinerlei praktische Erwägungen. Die Notzuchtverbrechen sind im Gegensatz zu anderen Verbrechen schon einmal nicht häufig, und ausserdem tritt bei ihnen, es ist durch die Gewaltsamkeit eines jeden solchen Verbrechens bedingt, selten eine Konzeption ein, sodass die aus solchen Verbrechen entstehenden Schwangerschaften äusserst gering an Zahl sind.

Sodann wäre es auch bei der augenblicklichen Fassung des § 25, der es nicht auf Verschulden abstellt, gar nicht möglich,

eine Ausdehnung des Ehrennotstandes auf gewisse Fälle der ausserehelichen Schwängerung zu vermeiden.

Die Straflosigkeit einer Abtreibung aus ethischer Indikation ist also abzulehnen.

§ 7 Die Abtreibung aus wirtschaftlicher Indikation.

I. Das Problem einer Abtreibung infolge wirtschaftlicher Notlage spielt in unserer heutigen Zeit des sozialen Elendes eine bedeutende Rolle. Es besteht kein Zweifel, dass die Geburt eines Kindes sich auf das Vermögen, die Einkünfte des Ernährers und somit auch indirekt auf den Gesundheitszustand der Familie stark auswirken. Wohnungselend, Nahrungsmangel und schliesslich körperliche und sittliche Verelendung sind die Folge.[1])

Zwar werden bei einer jeden Heilbehandlung auch soziale Motive mitsprechen: Bei einer Arbeiterfrau wird in vielen Fällen zu einer Operation geschritten werden müssen, in denen die Krankheit einer besser gestellten Frau durch Diät, Badekuren und dergl. ausgeheilt werden kann. Es soll aber nicht diese gemischt medizinisch-wirtschaftliche, sondern die rein wirtschaftliche Indikation betrachtet werden, in denen lediglich soziale Motive und nur diese zum Eingriff führen.

II. Tatbestandsmässig stellt sich eine solche Schwangerschaftsunterbrechung aus wirtschaftlicher Indikation immer als Abtreibung dar; es wäre aber zu prüfen, ob sich nicht die Straflosigkeit einer solchen Abtreibung auf Notstand gründen liesse. Jedoch führen dieselben Erwägungen, die uns oben im § 6 die Gestattung der Abtreibung aus ethischer Indikation ablehnen liessen, auch hier zur Verneinung der Straflosigkeit der Abtreibung aus wirtschaftlicher Indikation. Es können daher die hier erforderlichen Erörterungen kürzer gefasst werden.

Die Gefahr eines Schadens würde in unserem Falle in dem durch die Schädigung des Vermögens hervorgerufenen Schaden an Gesundheit oder Leben der Schwangeren und ihrer Familie bestehen. Doch liegt diese Schädigung in den meisten Fällen zu fern; es ist sogar nicht einmal sicher, ob sie überhaupt eintritt. Mag auch z. Zt. der Schwangerschaft die wirtschaftliche Not der Familie der Schwangeren ungeheuer gross sein, so steht doch nicht mit Sicherheit fest, ob z. Zt. der Geburt, die je nach dem Grade der Schwangerschaft 6 oder sogar 7 Monate nach dieser kritischen Lage eintreten kann, die Notlage noch fortbesteht. Gerade bei den Fällen einer wirtschaftlichen Notlage ergeben sich ganz plötzliche und durchgreifende Aenderungen. Die Industrie stellt vielleicht ganz unerwartet infolge grosser Aufträge Arbeiter ein, und der Mann als Ernährer der Familie findet daher wieder Arbeit und ist so in die Lage versetzt, auch noch ein fünftes Kind zu unterhalten.

Bei dieser Sachlage kann unter Umständen gar nicht von einer Gefahr, d. h. der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes,

[1]) vergl. Hirsch Seite 179.

die Rede sein, aber vor allen Dingen wird es immer an dem Merkmal der Gegenwärtigkeit fehlen. In solchen Fällen erscheint der Schaden erfahrungsgemäss bei natürlicher Weiterentwickelung der Dinge **nicht** mit Wahrscheinlichkeit als sicher bevorstehend.

Dies gewinnt auch Bedeutung für das Merkmal der Unabwendbarkeit. Eine Gefahr kann nicht im Sinne des Entwurfes unabwendbar sein, wenn die Möglichkeit besteht, dass der Ernährer der Familie wieder genügend Arbeit findet. Ausserdem ist, vergl. insbesondere die Fürsorgepflichtverordnung vom 13. 2. 1924, R. G. Bl. Seite 100, die Ausführungsverordnung hierzu vom 17. 4. 1924, Pr. G. S. Seite 210 und die Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Mass und Art der öffentlichen Fürsorge vom 4. 12. 1924, R. G. Bl. Seite 765, die Wohlfahrtspflege so ausgebaut, dass es möglich ist, in allen dringenden Fällen der Not ausreichende Abhilfe zu schaffen. Auch aus diesem Grunde kann nicht von einer Unabwendbarkeit der Gefahr gesprochen werden.

Ebenso muss die pflichtgemässe Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen bei dieser Sachlage dazu führen, eine Abtreibung aus wirtschaftlicher Indikation nicht zu gestatten. Z. Zt. der vorzunehmenden Schwangerschaftsunterbrechung sind bis zur Geburt vielleicht 7 oder noch mehr Monate hin, der Schadenseintritt ist also sehr fernliegend oder sogar vielleicht gar nicht einmal zu erwarten. Ausserdem besteht eine gewisse Sicherheit dafür, dass für den Unterhalt des Kindes von den Wohlfahrtsämtern ausreichend gesorgt wird. Unter diesen Umständen überwiegen die Interessen der Allgemeinheit, des Staates an der Erhaltung der Leibesfrucht. Das Gegenteil würde auch auf bevölkerungspolitischem Gebiet gefährliche Wirkungen zeitigen: Die letzte Scheu vor einer Abtreibung, die noch durch die allgemeine Strafdrohung des geltenden Rechtes aufrecht erhalten wird, würde fallen; die Zahl der Aborte würde in's ungeheuere wachsen, und damit die Gesundheit und das Leben der Mutter in ganz kurzer Zeit untergraben und vernichtet werden. Es gäbe keine Rettung mehr; die Bevölkerung würde sich von Jahr zu Jahr verringern.

Und Hand in Hand damit ginge eine Verwilderung der Sitten und der Moral. Dürfen sogar aus wirtschaftlicher Notlage heraus Schwangerschaftsunterbrechungen vorgenommen werden, so verschwindet jegliche Achtung vor dem keimenden Leben, die Menschheit gäbe sich einem ungezügeltem Geschlechtsleben hin, und unentbehrliche ethische Werte würden damit vernichtet werden.

Aber wie bereits oben im § 6 dargelegt, stösst auch die pflichtmässige Berücksichtigung selbst auf Schwierigkeiten. Wie und durch wen sollte festgestellt werden, ob solch ein Fall der äussersten Not vorliegt? Dem Missbrauch wäre hier Tür und Tor geöffnet; die Feststellung und Begutachtung solcher Fälle könnte zwar den Wohlfahrtsbehörden übertragen werden, doch ist dies nicht gesetzlich festgelegt, es wäre lediglich eine Lösung de lege ferenda.

Auch der Entwurf und ebenso die Begründung zum Entwurf nehmen zu diesem Problem keine Stellung. Aus dieser Tatsache in Verbindung mit der Bestimmung des § 254 ist zu entnehmen, dass der Entwurf eine Abtreibung aus wirtschaftlicher Indikation nicht gestatten will. Bei solchen schwerwiegenden Massnahmen wäre eine ganz genaue Regelung des Verfahrens zur Feststellung einer wirtschaftlich indizierten Schwangerschaftsunterbrechung erforderlich, und sie wäre auch getroffen worden, wenn der Gesetzgeber eine Abtreibung aus wirtschaftlicher Indikation hätte zulassen wollen.

§ 8 Die Abtreibung aus eugenetischer Indikation.

I. Bedeutung gewinnt das Problem der Unterbrechung der Schwangerschaft auch auf dem Gebiete der Eugenik.[1])

Unter Schwangerschaftsunterbrechung aus eugenetischer Indikation ist eine Abtreibung zwecks Vermeidung einer geistig und körperlich nicht gesunden Nachkommenschaft zu verstehen.

Die Beantwortung der Fragen nach der Rechtsmässigkeit einer solchen Abtreibungshandlung hängt von der Sicherheit ab, die Vererbbarkeit der einzelnen Eigenschaften festzustellen. Diese ist aber auf vererbungswissenschaftlichem Gebiete nicht gegeben. Es sind wohl dominierende und recessiv wirkende Eigenschaften, also hervortretende und nicht hervortretende Faktoren der Keimzellen festgestellt worden, aber unter welchen Voraussetzungen die dominierenden Faktoren latent werden und umgekehrt die recessiven Faktoren hervortreten, konnte bis jetzt noch nicht erforscht werden. So sind zwar gewisse Krankheiten, wie Epilepsie, chronische Geisteskrankheiten, Imbezillität, Alkoholismus, Morphinismus, Hysterie, Schwachsinn, Lues, Chorea, Morbus Basedowii, Knochen- und Lungentuberkulose als vererblich festgestellt,[2]) aber im konkreten Falle eine sichere Vererbungsprognose zu treffen, ist, wie bereits gesagt, unmöglich. Besonders schwierig gestaltet sich die Frage nach der Vererbung schlechter und minderwertiger Eigenschaften von Verbrechern, da nicht alle ihre Eigenschaften lediglich auf Vererbung beruhen.

II. Tatbestandsmässig würde sich eine Abtreibung aus eugenetischer Indikation immer als Abtreibung (§ 253) darstellen, lediglich ein Strafausschluss auf Grund von Nothilfe (§ 25) wäre zu prüfen.

Bei dieser völligen Unsicherheit der Festellung einer Vererbung der einzelnen Eigenschaften ist jedoch die Straflosigkeit einer solchen Abtreibung auf Grund von § 25 des Entwurfes zu verneinen.

Es besteht nicht einmal eine Gefahr im Sinne von § 25, d. h. die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ist nicht vorhanden. Aber auch an dem Merkmal der Gegenwärtigkeit mangelt es. Da die Vererbbarkeit der betreffenden Eigenschaften nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, erscheint erfahrungs-

[1]) Vergl. Sellheim D. Med. W. 1921 Seite 335; Grassel in Z. f. Sex. W. Bd. 12 Seite 376.
[2]) Wachtel Seite 49; Hirsch Seite 179

gemäss bei natürlicher Weiterentwickelung der Dinge mit Wahrscheinlichkeit der Eintritt der Schädigung **nicht** als sicher bevorstehend, falls nichts dagegen getan wird.

Und ausserdem muss gerade die pflichtmässige Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen bei der Unsicherheit der Vererbung dazu führen, der Schwangeren zuzumuten, die Frucht auszutragen.

Eine Abtreibung aus eugenetischer Indikation ist hiernach niemals straflos.

III. Hauptteil.

Die Euthanasie und Sterilisierung.

§ 9. Die Euthanasie.

I. Unter unser Thema der Heilbehandlung fällt auch das Problem der Euthanasie. Euthanasie oder Sterbehilfe ist die durch einen Dritten vorgenommene Erlösung eines unheilbaren Kranken von seinen Qualen. Zu denken ist dabei nur an die Kranken, die, ihrem sicheren und nahen Tode entgegensehend, noch unter qualvollen Schmerzen tagelang dahinsiechen. Darf der Arzt in diesen Fällen nicht dem Bedauernswerten eine starke Dosis Morphium eingeben, um sie von ihren fürchterlichen Schmerzen zu erlösen und so schmerzlos hinüber schlummern zu lassen?

Es gibt zwei Wege, die Strafbarkeit der Euthanasie im obigen Sinne zu verneinen: Entweder wird überhaupt die Tatbestandsmässigkeit der Tötung verneint oder sie wird zwar bejaht, aber die Handlung als gerechtfertigt oder entschuldigt angesehen.

II. Untersuchen wir zunächst die erstere Möglichkeit: Der Entwurf nimmt hinsichtlich der Verneinung der Tatbestandsmässigkeit einer solchen Handlung keine Stellung. Wohl enthält § 263 einen Ausschluss der Tatbestandsmässigkeit, aber er ist seinem Wortlaut gemäss und der Stellung im Gesetz nach nur auf Körperverletzung nicht aber auf Tötung anwendbar.

Binding[1]) will allerdings aus allgemeinen Erwägungen heraus die Tatbestandsmässigkeit der Tötung verneinen. Für die Euthanasie kämen nur die Fälle in Betracht, „in denen der Tod sicher und zwar alsbald bevorstände, sodaß der Zeitunterschied zwischen dem infolge der Krankheit vorauszusehenden und dem durch das untergeschobene Mittel verursachten Tode nicht in Betracht falle". (S. 17). Da würde aber klar ersichtlich, daß an dem todbrohenden Zustande nicht geändert würde; der Tod war bestimmt zu erwarten. Vertauscht würde nur die vorhandene Todesursache durch eine andere von der gleichen Wirkung, welche die Schmerzlosigkeit vor ihr voraus habe. Das sei aber keine Tötungshandlung im Rechtssinne mehr. Die unwiderruflich gesetzte Todesursache, deren Beseitigung nicht mehr gelingen

[1]) Binding. Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, S. 16 ff.

könne, werde nur abgewandelt. In Wirklichkeit sei das aber eine reine Heilbehandlung. Die Beseitigung der Qual ist auch Heilwerk[1]).

Dieser Ansicht ist nicht beizutreten. Tatbestandlich ist eine solche Handlung immer eine Tötung. Abgesehen von den Fällen der Notwehr, des Notstandes, der Tötung im Kriege und der Vollstreckung der Todesstrafe ist jegliche Vernichtung eines Menschenlebens verboten. Auch der begeht tatbestandsmässig eine Tötung, der sogar auf Verlangen des unheilbar Kranken die Euthanasie vornimmt. (Vgl. § 247) [2]). Auch sonst geht dies aus der Regelung des Entwurfes hervor. Nur bei Körperverletzungen kann die Tatbestandsmässigkeit gemäss den Voraussetzungen des § 263 ausgeschlossen werden. Nur hier hat die mit Heilzweck vorgenommene Heilbehandlung die Wirkung eines Ausschlusses der Tatbestandsmässigkeit. Daraus geht deutlich hervor, daß der Entwurf nur bei Körperverletzungen, nicht aber bei Tötungshandlungen die Tatbestandsmässigkeit in gewissen Grenzen beseitigt wissen will; sonst wäre auch hier bei der Tötung dies ausdrücklich bestimmt worden. Vielmehr ist bei der Euthanasie der Tatbestand der Tötung zu bejahen.

III. Es käme lediglich ein Ausschluss der Strafbarkeit in Betracht. Hierbei wäre zunächst zu prüfen, ob nicht die Strafbarkeit der Euthanasie durch einen Rechtfertigungsgrund beseitigt wird.

a) Notwehr und Notstand (vgl. § 25, III!) kommen nicht in Betracht. Auch der Satz, daß eine solche Handlung rechtmässig sei, die sich als das angemessene Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes darstelle,[3]) führt nicht zu einer Straflosigkeit der Euthanasie. Dieser Rechtfertigungsgrund ist einmal nicht allgemein anerkannt und führt zu praktisch nicht übersehbarenFolgen, sodann aber stellt sich die Sterbehilfe nicht als ein angemessenes Mittel zur Erreichung eines „staatlich anerkannten Zweckes" dar.

b) Desgleichen kann die Rechtmässigkeit der Euthanasie nicht auf das „Prinzip des mangelnden Interesses"[4]) gegründet werden.

Aus § 247 (Tötung auf Verlangen) geht deutlich hervor, dass bei Tötungen dieser Rechtfertigungsgrund keine Anwendung findet. Der Entwurf bringt in dieser Bestimmung zum Ausdruck, dass bei einer Tötung auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen das staatliche Interesse an einer Bestrafung nicht entfällt. Dabei ist es gleichgültig, unter welchen Umständen dieses Verlangen gestellt wird. Der Entwurf bestraft ganz allgemein, ohne irgend eine Ausnahme festzulegen, alle Fälle einer Tötung auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen, mag auch ein Kranker von seinen qualvollen Schmerzen erlöst werden[5]).

Und gilt dies sogar von der Tötung auf Verlangen, so um-

[1]) Binding S. 18.; vgl. auch Meyer-Allfeld, S. 145.
[2]) Vgl. Ebermayer, L. Z. 1920, S. 599 ff.
[3]) Vgl. v. Liszt, S. 154 ff.
[4]) Mezger, G. S. Bd. 89, S. 270 ff.
[5]) A. M. M. E. Meyer, Lehrb. Allgem. Teil, S. 290.

somehr bei einer Tötung auf Grund eigener Initiative des Tötenden. Es darf nie vergessen werden, dass es sich hier um das wichtigste Rechtsgut, das wir überhaupt besitzen, um das Leben handelt. Es zu schützen, ist die vornehmste Aufgabe des Staates, und sein Interesse entfällt nicht schon dadurch, dass der Betreffende die Tötung ausdrücklich und ernstlich verlangt. Sein Verlangen vermag nicht den Interessengehalt der Norm zu beseitigen, unter welchen Umständen es auch sein mag. Wie schwer wird es oftmals sein, mit unumstösslicher Sicherheit die Unheilbarkeit eines Leidens und die Sicherheit des Todes festzustellen[1].) Eine Gestattung der Euthanasie in diesen zweifelhaften Fällen läuft aber den Interessen des Staates gerade zuwider; er ist an der möglichen Erhaltung eines jeden Lebens stark interessiert. Und welcher Missbrauch könnte damit getrieben werden. Nicht nur der Arzt, sondern auch der Kurpfuscher (!) — es handelt sich um einen **allgemeinen** Rechtfertigungsgrund — könnte die Euthanasie vornehmen. Welche Gefahr bedeutet das für den Patienten. Ein besseres Mittel, um Behandlungsfehler zu verheimlichen und irgendwie lästige Mitmenschen aus dem Wege zu räumen, um sich dadurch pekuniäre oder andere Vorteile zu sichern, gäbe es nicht. Der Tote kann keine Rechenschaft mehr verlangen, und andere Zeugen der Tat sind nicht vorhanden. Diese Gefahr ist auch dann nicht beseitigt, wenn die Rechtmässigkeit der Euthanasie von dem Hinzuziehen eines zweiten Arztes oder Laien abhängig gemacht werden würde. Bei einem so wichtigen Rechtsgut wie das Leben müsste zur Prüfung der Gestattung der Euthanasie ein ausdrückliches Verfahren geordnet sein. Aber gerade daraus, dass der Staat ein solches Verfahren nicht geordnet hat, ist ersichtlich, dass er auch noch an der Erhaltung des Lebens eines unheilbaren Kranken interessiert ist.

Und sehr wenige Aerzte würden von dieser Erlaubnis Gebrauch machen. Der Kranke befindet sich in einer sehr erregten Stimmung, sein Entschluss kann sich plötzlich ändern, im nächsten Augenblick wendet er sich vielleicht gegen einen frühzeitigen Tod. In einem Falle verlangte der Kranke inständigst die Euthanasie, sie wurde ihm verweigert, aber das tödliche Mittel zur Selbsteinnahme hingestellt. Aber — der Kranke nahm es nicht, er hatte sich anders besonnen. Durch diesen Gesinnungswechsel des Kranken wurde dem Arzt so recht die Gefährlichkeit der Anwendung der Euthanasie vor Augen geführt. Hätte er nicht in diesem Fall sehr leicht, wenn er die Euthanasie vorgenommen hätte, zum Mörder werden können? Seitdem ist der betreffende Arzt ein ausgesprochener Gegner der Euthanasie.

Welche praktischen Bedürfnisse drängen auch zur Vornahme der Euthanasie, wo es doch schmerzstillende Mittel gibt oder in

[1]) Vgl. Schwalbe, zit. bei Ebermayer Arzt und Patient, S. 275.

den schlimmsten Fällen es dem Kranken möglich gemacht werden kann, selbst das tödliche Mittel einzunehmen[1]).

Die Rechtfertigung der Euthanasie kann also auch nicht auf das „Prinzip des mangelnden Interesses" gegründet werden[2]).

IV. Beling[3]) tritt in gewissen Fällen für einen Entschuldigungsgrund ein. Denjenigen träfe keine Schuld, „der nicht nur nicht rechtswidrig handeln wolle, sondern der auch die Rechtswidrigkeit seines Handelns zu erkennen nicht in der Lage sei". Das träfe auch auf unsern Fall zu: Viele Aerzte hätten keine Ahnung von der Unerlaubtheit der Euthanasie, und ihnen könne auch nicht der leiseste Vorwurf gemacht werden, dass sie dieses Verbot hätten kennen müssen.

Damit ist aber für die Frage nach der Straffreiheit der Euthanasie kaum etwas gewonnen. Dieser Entschuldigungsgrund kommt nur für die seltensten Fälle in Betracht. Die überwiegende Mehrzahl der Aerzte kennt das Verbot der Euthanasie. Und ob die Nichtkenntnis entschuldbar ist (vgl. § 20 Entw.) ist noch zweifelhaft. Diejenigen, welche die Euthanasie vornehmen, also in ein so wichtiges Rechtsgut wie das Leben eingreifen, haben sich vorerst genau über die Rechtslage zu erkundigen, das erheischt ihre Pflicht.

V. Danach ist die Euthanasie auch in den eng begrenztesten Fällen strafbar. Bei der Tötung auf Verlangen, und das sind eigentlich nur die für die Euthanasie in Betracht kommenden Fälle, gestattet uns der Entwurf, diesen Fällen der Sterbehilfe Rechnung zu tragen. Er bestraft das Delikt aus § 247 mit Gefängnis schlechthin; damit kann bis auf eine Woche Gefängnis (§ 247, 35 II) herabgegangen werden oder auf Einschliessung (§ 72) erkannt werden, abgesehen von den Vorschriften über bedingten Straferlass (§ 40 ff.).

§ 10. die Sterilisierung.

I. Unter unser Thema der Regelung der Heilbehandlung gehört auch die Frage nach der Berechtigung zur Vornahme einer Sterilisierung. Zu scheiden ist dabei die Sterilisierung als Strafe, als sichernde Massnahme, die Sterilisierung zu Heilzwecken und und die aus sozialen oder eugenetischen Gründen. Die beiden ersteren fallen ausserhalb des Rahmens der Heilbehandlung im weitesten Sinne, doch sind sie kurz zu streifen.

Die Sterilisierung als Strafmassnahme käme nur bei Verbrechern in Betracht. Der Entwurf hat jedoch eine solche Massnahme im Gegensatz zu den Gesetzen einiger amerikanischer Staaten abgelehnt. Ebenso hat er die Unfruchtbarmachung von Verbrechern als sichernde Massnahme zum Schutze der Allge-

[1]) Hiermit macht sich der Betreffende nicht des Deliktes aus § 248 (Verleitung zum Selbstmord) schuldig. Seine Handlung stellt sich nicht als ein „Verleiten", sondern nur als ein „Erleichtern" der Ausführung des Entschlusses des Sterbebereiten dar.

[2]) Vgl. Kassler, D. J. Z. 1915, S. 203 f.; a. M. Sauer, Grundl. S. 336.

[3]) Beling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen, S. 20 ff.

meinheit abgelehnt. Tatbestandlich würde sich eine solche Handlung immer als Körperverletzung darstellen; die Rechtmässigkeit einer solchen Handlung könnte sich zwar auf Notstand gründen, jedoch sind die Merkmale der „gegenwärtigen" und insbesondere der „nicht anders abwendbaren" Gefahr nicht erfüllt. Und eine Anwendung von § 264 hat anszuscheiden: Das Kennzeichen der Sterilisierung als sichernde Massnahme besteht gerade in der Vornahme des Eingriffs **ohne** Einwilligung des Betroffenen. Aber auch trotz vorliegender Einwilligung würde nach unseren heutigen Moralanschauungen eine Sterilisierung als sittenwidrig erscheinen. Das Interesse des Staates und der Allgemeinheit an der Fortpflanzung des Verbrechers entfällt nicht ohne weiteres, da immer noch die Wahrscheinlichkeit besteht, dass er sich bessert, und dass so der Grund zu einer Sicherung fortfällt. Solch eine Möglichkeit könnte zudem leicht zu Missbrauch Anlass geben. Und hätte der Entwurf wirklich eine solche Massnahme als Mittel zur Sicherung zulassen wollen, so wäre dieses im Entwurf ausdrücklich geregelt worden.

Nach der Bemerkung der Begründung zu § 263 S. 133: „Auf die ärztliche Ethik wird es vor allem ankommen, wenn zu entscheiden ist, ob der Arzt eine Frau auf ihr Verlangen, aber ohne medizinische Notwendigkeit unfruchtbar machen dürfte," möchte es allerdings beinahe scheinen, als ob der Entwurf die Unfruchtbarmachung ohne medizinische Notwendigkeit unter Umständen straflos lassen wollte. Das ist aber nicht der Fall. Die Bemerkung steht in der Begründung zu § 263 unter „Heilbehandlung", sie hat also nur die zu Heilzwecken vorgenommene Heilbehandlung im Auge. Mit dieser Bemerkung soll lediglich ein Beispiel dafür gegeben werden, dass ein Heileingriff zwar allen drei unter § 1 genannten Voraussetzungen genügen muss, nämlich dass er kunstgemäss ausgeführt, sachlich indiziert sein und den Regeln der ärztlichen Ethik entsprechen muss, dass es aber bei der Beantwortung nach der Rechtmässigkeit eines solchen Eingriffes je nach der Art des in Frage stehenden Eingriffes bald auf die eine, bald auf die andere Voraussetzung besonders ankommt. So würde bei der Prüfung, ob eine sachlich nicht indizierte Unfruchtbarmachung unter die Regelung des § 263 fällt, einmal zu berücksichtigen sein, dass ein solcher Eingriff ja gar nicht sachlich indiziert ist, dann aber „vor allem", dass unter diesen Umständen ein sachlich nicht indizierter Eingriff nach den Regeln der ärztlichen Ethik überhaupt nicht als Heilbehandlung anzusehen ist. Es soll also mit diesem Beispiel lediglich gesagt werden, dass eine scharfe Abgrenzung dieser Voraussetzungen untereinander nicht möglich ist, sondern dass die Frage nach dem Vorhandensein der einen Voraussetzung auch die anderen mehr oder weniger berührt.

Anders, nämlich, dass eine Sterilisation auch ohne medizinische Notwendigkeit vorgenommen werden darf, kann diese Bemerkung nicht ausgelegt werden, denn wie wir im § 1 gesehen

haben, muss ein jeder Heileingriff sachlich indiziert, kunstgemäss ausgeführt sein und den Regeln der ärztlichen Ethik entsprechen. Alle diese drei Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit ein Eingriff unter die Regelung des § 263 fällt; auf welche dieser Voraussetzungen es dabei besonders ankommt, ist nach der Lage des Falles zu entscheiden. Eine andere Auslegung würde auch durchaus im Widerspruch damit stehen, dass ein jeder nach § 263 vorgenommener Eingriff subjektiv dem Heilzweck dienen muss.

II. Gesetzlich zugelassen ist aber die Sterilisierung zu Heilzwecken.[1]) Sie fällt als eine zu Heilzwecken vorgenommene Heilbehandlung unter die Regelung des § 263. Hierunter gehören einmal alle die Fälle einer Erkrankung der Fortpflanzungsorgane selber, die eine Sterilisierung oder eine Entfernung der Organe erforderlich machen,[2]), sodann aber auch die aus anderen Gründen vorgenommenen Eingriffe in die Fortpflanzungsorgane zur Verhütung einer ernsten Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren. Diese Eingriffe entsprechen durchaus der Uebung eines gewissenhaften Arztes. (Vergl. die Ausführungen unter § 1 II c)

III. Anders ist bei der Sterilisierung aus eugenetischen Gründen, d. h. zur Verhinderung kranker oder minderwertiger Nachkommenschaft, zu entscheiden.[3])

Die Anwendung von § 263 hat auszuscheiden. Wie aus den Ausführungen unter § 1 II d hervorgeht, handelt es sich im § 263 nur um Handlungen, die zur Heilung des Behandelten selber, zu seinem eigenen Wohle vorgenommen werden. Eine Sterilisierung aus eugenetischen Gründen erfolgt aber lediglich im Interesse der Allgemeinheit, des Staates.

Der Tatbestand der Körperverletzung ist zu bejahen, und nur die Rechtswidrigkeit könnte ev. ausgeschlossen sein.

Die Vererbung minderwertiger Eigenschaften, mag es sich um die von Verbrechern oder die von Kranken handeln, ist aber so wenig sicher festgestellt (vergl. die Ausführungen oben unter § 8), dass eine Sterilisierung nach unseren heutigen Anschauungen und dem augenblicklichen Stande der ärztlichen Wissenschaft als sittenwidrig zu gelten hat und somit nicht durch § 264 gerechtfertigt ist. Man kann wohl auf die Vergangenheit zurückschauen und feststellen, die und die Eigenschaft hat sich vererbt, aber hinsichtlich der Zukunft ist dies unmöglich.

Aus diesem Grunde der unsicheren Feststellbarkeit einer Vererbung minderwertiger Eigenschaften sind die Rechtfertigungsgründe des § 25 und des Prinzips „des überwiegenden Interesses" abzulehnen. Ist es nicht gewiss, ob im konkreten Fall sich auch

[1]) Vergl. Hirsch S. 155 ff.; v. Lilienthal in Placzek S. 402 ff, Z. St. W. Bd. 39, S. 273 ff.; v. Calker S. 39 f.

[2]) Allerdings ist dies nur dem approbierten Arzt gestattet, vergl. § 7 Ges. zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten.

[3]) Vergl. Ebermayer S. 269 ff.; v. Lilienthal Z. St. W. Bd. 39, S. 288 ff, derselbe in Placzek S. 400 ff; Grassel Z. Sex. W. Bd. 12, S. 373 ff.

wirklich die betreffenden Eigenschaften auf das Kind vererben, so entfallen auch nicht die Interessen des Staates und der Allgemeinheit an der Fortpflanzungstätigkeit des Einzelnen.

Eine Straflosigkeit kann aber auch nicht, wie Ebermayer[1]) annimmt, durch das Vorliegen einer Einwilligung begründet werden. Die Tat verstösst trotzdem wider die guten Sitten. Bei dieser Unsicherheit von Vererbungsprognosen kann auch eine vorliegende Einwilligung der Sterilisierung den Charakter eines Verstosses gegen die guten Sitten nicht nehmen und die Interessen der Allgemeinheit, des Staates beseitigen. Diese haben trotzdem auf bevölkerungspolitischem Gebiete ein Interesse an der Fortpflanzung dieser Menschen, da es nicht feststeht, ob sich die etwaigen schlechten und minderwertigen Eigenschaften auf die Kinder vererben und ob somit die Nachkommenschaft wirklich minderwertig wird. Durch die Gestattung einer Sterilisierung aus Gründen der Vererbung würde aber der Bestand des Volkes ernstlich gefährdet werden. Und in welchen Fällen sollte auch eine Sterilisierung zugelassen werden? Eine richtige Abgrenzung dürfte kaum zu finden sein.

Ausserdem würde eine solche Massnahme auch auf ethischem Gebiete ungünstige Folgen haben. Viele würden sich sterilisieren lassen, um geschlechtlich desto ungezügelter leben zu können.

Auf eine Gestattung einer Sterilisierung weist auch nicht die Bemerkung der Begründung Seite 133 hin; sie bezieht sich, wie bereits unter I dargelegt, nur auf die zu Heilzwecken vorgenommene Sterilisierung, nicht aber auf die aus eugenetischen Gründen vorgenommene Unfruchtbarmachung.

Eine Straflosigkeit der Sterilisierung aus eugenetischen Gründen ist also nicht zu begründen.

III. Bei der Sterilisierung aus sozialen Gründen, d. h. in den Fällen schwerster wirtschaftlicher Not, ist ebenfalls der Tatbestand der Körperverletzung zu bejahen, und nur ein Ausschluss der Rechtswidrigkeit, die sich auf § 264 oder § 25 stützen könnte, zu prüfen.

Die Rechtwidrigkeit einer solchen Sterilisierung ist jedoch zu bejahen. In einem solchen Falle kommen die Interessen des Staates, der Allgemeinheit an einer Fortpflanzung nicht in Fortfall. Die sozialen Nöte sind nur vorübergehend, der Mann bezw. die Frau sind aber dann durch eine Sterilisierung für immer von der Fortpflanzung ausgeschlossen. Daran hat aber der Staat nicht das geringste Interesse. Die Sterilisierung verstösst daher wider die guten Sitten oder ist, wie im § 25, unter pflichtmässiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen nicht zumutbar.

Und die Möglichkeit einer temporären Sterilisierung ist zu wenig erforscht, so dass es bedenklich erscheint, daran juristische Folgerungen zu knüpfen.

[1]) Ebermayer, Arzt und Patient S. 274.

Lebenslauf.

Am 14. 8. 1904 wurde ich in Grünberg Schl. als Sohn des Realgymnasiallehrers Gottfried Stein und seiner Ehefrau Frida geb. Probst geboren. Ostern 1911 trat ich in die von meinem Vater geleitete Privat-Vorschule in Grünberg-Schl. ein und besuchte von 1914 ab das dortige Realgymnasium. Ostern 1923 bestand ich an derselben Anstalt die Reifeprüfung. Ab Sommersemester widmete ich mich in Berlin, Jena und Marburg dem Studium der Rechtswissenschaften, legte am 31. 8. 1927 am Oberlandesgericht zu Kassel die erste Juristische Staatsprüfung ab und bestand am 7. 12. 1928 an der Universität Marburg das juristische Doktorexamen. Seit 13. 3. 1928 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst.

Hans-Gottfried **Stein.**